

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. R. Erinc Sağkan
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdürü / Managing Director

Av. Veli Küçük, TBB Genel Sekreteri

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

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

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

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

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Havutçu

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhuğlu

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özekes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel Özel

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sultan Üzeltürk

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

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

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in
these series can not be republished without citation.

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

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Müdürlüğü

Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8

06520 Balgat - ANKARA

Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312) 286 55 65

web:www. barobirlik.org.tr

e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 300 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

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

Özveren Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 18. 03. 2022

* (İsme göre alfabetik sıralanmıştır)

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

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

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

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

Yayın Politikası

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

Dergi iki ayda bir yayınlanmakta olup yazı dili Türkçedir.

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

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

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

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

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

6. Ön düzeltme; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde düzeltilmesini, "makalenin gönderim tarihi"; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, "makalenin kabul tarihi"; yazının ön düzeltmeden sonra kabul edildiği ve hangi sayının yayın listesine alındığı yazara bildirildiği tarihi ifade eder.

Bu aşamadan sonra aşağıdaki maddede yer alan “hakem süreci” başlar.

7. Her yazı, yazara bildirilen sayının yayınlanacağı tarihe yetişecek şekilde, -yazıların hakemlere gönderilmesi, hakemlerce onaylanması, gerekirse düzeltmelerin yapılması, tasarıma gönderilmesi, son kontrolden sonra web sitesine eklenmesi, ODİS'e ve matbaaya gönderilmesi süreçleri göz önünde bulundurularak- en az iki hakeme gönderilir.

İki hakemden biri olumsuz kanaat belirttiği takdirde yazı üçüncü bir hakeme gönderilir veya Editör tarafından takdir hakkı kullanılır.

8. Yazı, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarın ad ve soyadı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmaz.
9. Hakem/hakemler tarafından yazının yayınlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Ret raporlarının yazara gönderilmesi zorunluluğu yoktur. Yazının yayınlanamayacağına ilişkin bildirim, yazının yayın listesinde bulunduğu sayının süreci tamamlandıktan sonra ilgili sayının yayınlanmasıyla eş zamanlı olarak yapılır.
10. Hakem rapor/raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir. Yazının düzeltilmiş hali hakeme gönderildikten sonra hakem tarafından ikinci bir düzeltme istenebilir. İkinci düzeltmeden sonra yazının hakem tarafından onaylanması halinde yazardan üçüncü bir düzeltme istenmez ve yazı reddedilir/reddedilmiş sayılır.

Hakemler tarafından onaylanan/düzeltilme istenip rapora uygun olarak düzeltildikten sonra onaylanan yazı, alındığı sayının yayın listesine ilişkin süreç tamamlandıktan sonra Dergi'nin ilgili sayısında yayınlanır.

Hakem rapor/raporlarında düzeltme istenmiş ancak raporda belirtilen hususlar yazar tarafından süresinde yerine getirilmemişse, bir defaya özgü olmak üzere yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır.

11. Yazı yukarıda 4. maddede belirtildiği şekilde yayın listesine alınmış ancak hakem raporları -çok istisnai de olsa- süresinde sunulmamışsa, yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır ve bu sayıda anılan yazıya ilişkin sürecin tamamlanması sağlanır.
12. Dergi'ye gönderilecek yazının; özgün, başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
13. Türkiye Barolar Birliği, yayınlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
14. Yazara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir.
15. Yazara, yazısının yayınlandığı sayıdan üç adet, hakemlere ise hakem incelemesi yaptıkları sayıdan birer adet Dergi gönderilir.
Dergi'nin kitap olarak kendisine gönderilmesini isteyen yazarın, yazıyı gönderirken adresini ve telefon numarasını da belirtmiş olması gerekmektedir.
16. Talep etmeleri halinde hakemlere makalenin hakem incelemesinin yapıldığı ve raporunun hazırlandığına ilişkin bir yazı gönderilir.

Yayın Kuralları

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

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

İmla ve Yazım Kuralları

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

1. Kanun, yönetmelik, anlaşma, sözleşme, mahkeme vs. isimlere ek getirilirken diğer özel isimlerde olduğu gibi kesme işaretiyle ayrılması,
Örneğin: Avukatlık Kanunu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi'nin, İzmir 5. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin
2. Eş anlamlı kelimelerden birinin tercih edilmesi ve metin içinde yeknesaklığın sağlanması için yazının tamamında sadece birinin kullanılması,
Örneğin: Yasa veya kanun kelimelerinden birinin tercih edilip kullanılması
3. Rakamlardan sonra gelen kelimelerin küçük harfle başlaması,
Örneğin: 5237 sayılı Kanun, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, 19. yüzyıl, 01.01.2019 tarihli, 2. baskı
4. Alm. (Almanca), İng. (İngilizce), Oğuzlar Mah. Prof. (Profesör), Dr. (Doktor), Av. (Avukat), haz. (hazırlayan), çev. (çeviren) gibi kısaltmalar hariç olmak üzere SGK, TTK, 13. CD, YHGK, TCK gibi kısaltmalarda nokta kullanılmaması,

5. Kısaltmalarda takıların kısaltma okunuşuna göre verilmesi,
Örneğin: TCK'nın, HUMK'un
6. Kısaltmaların birden fazla kullanılış şekli varsa birinin tercih edilmesi ve metin içinde ve dipnotlarda aynı şekilde kullanılması,
Örneğin: syf., sh., s.'den birinin tercih edilmesi
7. Noktalama işaretlerinin (özellikle tırnak işareti ve kesme işaretinin) yazının her yerinde aynı karakterde yazılmış olmasına özen gösterilmesi,
8. Tarih yazılışında 01.01.2019 şeklindeki kullanımın tercih edilmesi,
9. 1. veya 1'inci yazılışından birinin tercih edilmesi,
10. Tezcan/ Erdem/ Önok, şeklinde yazılışın değil aralık verilmeden Tezcan/Erdem/Önok şeklinde yazılışın tercih edilmesi,
11. Noktalama işaretlerinden (nokta, virgöl, noktalı virgöl, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) ve her kelimededen sonra bir harf boşluk bırakılmasına özen gösterilmesi,
12. Farklı kaynaklardan alıntı yapılmasından kaynaklanan her türlü farklı yazımın kontrol edilerek yeknesaklığın, yazı düzeninin sağlanması.

Etik İlkeler

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

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

1 **Begüm GÜRCÜOĞLU**

Sanık Sandalyesinde Gazeteciler: Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gazetecilere Uygulanan Tutuklama Tedbirleri Bağlamında İncelenmesi / Journalists in the Dock: Evaluation of the Constitutional Court Decisions Within the Context of the Detention Orders Concerning Journalists

51 **Tijen DÜNDAR SEZER**

Parlamento Seçimlerinde Cinsiyet Kotaları / Gender Quotas in Parliamentary Elections

123 **Nurten YAYLACI**

İnsan Hakları Perspektifinden "Doğum Şiddeti" / "Obstetric Violence" from A Human Rights Perspective

155 **İlkay NADİR**

Gençlik Çeteleri ve Genç Suçluluğu Arasındaki İlişki Üzerine Bir İnceleme / An Analysis of the Relationship Between Youth Gangs and Delinquency

185 **Hüseyin ACAR**

Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK. MD. 195) / The Crime of Violating the Measures Related to Infectious Diseases (TCC ART 195)

229 **Emre DİZDAR**

Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı Kanun M. 107) / Market Manipulation Offense in the Capital Market Law (Art.107 of the Law No.6362)

267 **Erkan SARITAŞ**

Elkoymanın Hukuki Sonuçları Bağlamında Elkonulan Eşya ve Diğer Malvarlığı Değerlerinin Teslimi ve İadesi / Delivery and Restitution of Seized Goods and Other Asset Values Within the Context of Legal Consequences of Seizure

319 **Kahan Onur ARSLAN**

Modern Kölelik Olgusu Karşısında İHAM'ın Dar Yorumunun Yetersizliği ve Öneriler / The Insufficiency of the ECHR's Narrow Interpretation in the Face of the Modern Slavery Phenomenon and Suggestions

337 Ahmet AYAR

Çocuk Hakları Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Eğitim (Nitelikli Eğitim) Hakkına İlişkin Bir Değerlendirme / An Assessment on the Child's Right to Education (Quality Education) Under the Convention on the Rights of the Child

363 Mehmet AKÇAAL

NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi / Inheritance of NFT (Non-Fungible Tokens) Artworks

397 Ahmet TOK

Halka Açık Şirketlerde Sermaye Azaltımı ve Özellikli Durumlar / Reduction of Capital in Public Companies and Specific Cases

439 Melih SÖNMEZ

Kambiyo Senetlerinin Zıyı Nedeniyle Alınan İptal Kararı ve Bu Kararın Senet İle İlgisi Olan Taraflar Arasındaki İlişkilere Etkisi / The Annulment Decision Taken by the Court Due to the Loss of the Negotiable Instruments and its Effect on the Relations Between the Interested Parties in the Note

475 Murat BALCI / Sinem TURAN

Futbolda Opsiyon Hakkı / Option Right in Football

MAKALELER / ARTICLES

505 A. Füsun ARSAVA

AİHM'de Görülen Davalarda Üçüncü Tarafların Müdahil Olması / Third Party Interventions Before the ECtHR

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Mart-Nisan 2022 sayısını takdirlerinize sunmanın mutluluğunu yaşıyoruz. Türkiye'nin en prestijli akademik hukuk dergilerinden olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi 34. yılında, meslektaşlarımızın ve hukuk akademisyenlerinin, hukuk mesleğine ve akademiye kolektif katkısının ürünü olma iddiasını sürdürüyor.

Ülkemizde hak ve özgürlüklerin önündeki engeller maalesef varlığını koruyor. İnsan hakları ihlallerini ortadan kaldırmanın teorik ve pratik boyutları bulunuyor. Avukat meslektaşlarımız adliye koridorlarında, mahkeme salonlarında, barolarda kısacası mesleki faaliyet yürüttükleri her yerde fiili bir insan hakları mücadelesi veriyor. Bu fiili mücalenin birikerek bir sonuç doğurabilmesi için ise teorik boyutuyla tamamlanması gerekiyor. Her iki boyutu da yakıcı, önemli, somut ve acil bir gündem maddesi olarak görüyoruz.

Bununla birlikte "avukatın insan hakları" başlığını da aynı yakıcılık, aynı aciliyet kapsamında düşünüyoruz. Genel olarak insan hak ve özgürlüklerinin, özelde ise müvekkillerinin haklarının koruyucusu ve savunucu olan avukatlar, giderek daha yoğun bir şekilde şiddet eylemlerinin ve hak ihlallerinin mağduru haline geliyor. Ayrıca hukuk fakültelerinin sayısındaki vahim artış ve mesleğe katılımın hali hazırda sınavsız olması nedeniyle hızla yükselen avukat sayısı mesleğin niteliğine zarar verirken meslektaşların geçim mücadelesini kaosa dönüştürüyor. Türkiye Barolar Birliği olarak avukatlara yönelik şiddet eylemlerinin siyasi, iktisadi ve sosyal boyutları olduğunun bilinciyle, kapsamlı çalışmalarımızı sürdürüyoruz.

*

Bu sayıdaki makalelerin büyük bir kısmının çeşitli hak kategorilerine, hak ve özgürlüklerle ilgili meselelere özgülenmiş olduğunu derginin okurları da kolayca fark edeceklerdir. Bu yönüyle güncel ihtiyaçların akademik perspektifle buluştuğunu görüyoruz.

Başkan'dan

Keza makalelerin farklı hukuk alanlarında hukukçular tarafından kaleme alınmış olmakla birlikte, sosyal bilimlerin farklı disiplinlerine yönelik çalışmalar olduğu da anlaşılıyor ki bunun ayrıca tatmin edici olduğunun ifade edilmesi gerekiyor. Aynı şekilde, hukuka dair mesleklerin her alanından ve farklı akademik düzeylerden yazarların varlığı, bizim için Dergi'nin anlamını daha da artırıyor.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi, akademik hukuk yayıncılığı alanındaki öncülük görevini bundan sonra da güçlenerek yerine getirmeye devam edecektir.

Saygılarımla,

Av. R. Erinç Sağkan
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

SANIK SANDALYESİNDE GAZETECİLER: ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ GAZETECİLERE UYGULANAN TUTUKLAMA TEDBİRLERİ BAĞLAMINDA İNCELENMESİ*

JOURNALISTS IN THE DOCK: EVALUATION OF THE
CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS WITHIN THE CONTEXT
OF THE DETENTION ORDERS CONCERNING JOURNALISTS

Begüm GÜRCÜOĞLU**

Özet: Basın özgürlüğü, ifade özgürlüğünün özel bir yansıması olarak, toplumun haber alma ve basının haber verme özgürlüklerinin kesiştiği bir birleşim noktasıdır. Kilit bir role sahip gazetecilerin ifade özgürlüğünün, özgürlüğü kısıtlayıcı tedbir ve cezalar yoluyla sınırlandırılması hem basının haber verme özgürlüğüne hem toplumun haber alma ve bilgilenme özgürlüğüne hem de demokratik tartışma ortamlarına doğrudan bir müdahale niteliğindedir. Gazetecilerin tutuklama gibi özgürlük ve güvenlik hakkını kısıtlayıcı tedbirlerin uygulanmasının etki alanının büyüklüğü göz önüne alındığında, Anayasa Mahkemesi'nin, sanık ya da şüpheli konumunda olan gazeteciler hakkında verilen tutuklama kararlarının verilmiş şartları, biçimleri ve içeriklerinin anayasal, bölgesel ve uluslararası insan hakları belgelerindeki güvencelere uygunluğunu incelemesi, kamusal müzakere ortamında çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin etkililik derecesinin göstergesidir. Bu çalışma kapsamında Anayasa Mahkemesi'nin 31 Ağustos 2021 tarihine kadar gazeteciler hakkında verdiği kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin kararlar incelenmektedir. Mahkemece yapılan incelemelerin anayasal güvenceleri ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan korumaları ne derece gerçekleştirdiği tartışılacak ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi'nin benzer normları hangi açılardan farklı bir biçimde uygulandığı üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, Gazeteciler, Tutuklama, Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

* Yazar, makalenin araştırma ve yayın etiğine uygun olarak hazırlandığını taahhüt eder.

** Arş. Gör., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, be-
gurcuoglu@ku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6502-8747, Makalenin Gönderim Tarihi:
03.09.2021, Kabul Tarihi: 03.09.2021

Abstract: Freedom of press, as a specific reflection of freedom of expression, is an intersection of society's right to receive information and media's freedom to impart information. Journalists have a key role in freedom of press due to their function as an intermediary. In this respect, interference with the right to liberty and security of the journalists through measures and punishments, entails a direct intervention of media's right to impart information, of society's right to receive information and to the democratic deliberation platforms. Considering the degree of impact of measures limiting the right to liberty and security of journalists, the examination of the compliance of Constitutional Court decisions regarding the conditions, structure and the content of the detention decisions to constitutional, regional and international human rights documents would reflect the efficacy of plurality, tolerance and broadmindedness in the public deliberation platform. Within the scope of this research, Constitutional Court decisions delivered until August 31, 2021 regarding right to liberty and security of journalists are examined. The extent of realisation of the constitutional guarantees and the protection afforded by the European Convention on Human Rights is discussed, and, the differentiation in the interpretation of the similar norms by the European Court of Human Rights and the Constitutional Court is elaborated.

Keywords: Right to Liberty and Security, Journalists, Detention, Individual Application, Turkish Constitutional Court, European Court of Human Rights

Giriş

Demokratik toplumlarda gazetecilik faaliyeti ve basın özgürlüğü hem bilgi alma hem de bilgi verme özgürlüğünü kapsamaktadır. Bu bağlamda basın özgürlüğünün temelinde yatan ifade özgürlüğü, demokratik toplumların olmazsa olmazlarındandır. Zira demokratik toplumlar, yapısı itibarıyla çoğulcu, açık fikirlilik ve hoşgörü üzerine kuruludur¹ ve basının yansıttığı farklı düşünce ve ifadeler kamusal tartışma ortamına büyük katkı sağlamaktadır.² Basının ifade özgürlüğü, toplumdaki çoğunluk ya da azınlık görüşlerini yansıtabilir; ancak önemli olan nokta, farklı görüşlerin kamusal ortamlarda yer almasının

¹ Handyside v United Kingdom (1979-80) 1 EHRR 737, §49. Demokrasi ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiye dair ayrıca bkz. Şeyla Benhabib, "Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy", *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton University Press, Princeton 1999, s. 67-94; Alain Touraine, *What is Democracy?*, Westview Press, 1997; Robert Alan Dahl, *Dilemmas of Pluralist Democracy: Autonomy vs. Control*, Yale University Press, New Haven 1982; Jürgen Habermas, *The Structural Transformation of Public Sphere*, Polity Press, 1989.

² *Observer and Guardian v United Kingdom* (1992) 14 EHRR 153, §59.

basın sayesinde mümkün olduğudur. Bu noktada, basın özgürlüğünün ilk elden kullanımını yapan gazeteciler, toplumların demokratiklik kalitesinin belirlenmesinde yadsınamayacak bir öneme sahiptir. Gazetecilerin ifade özgürlüğünün gerek doğrudan basın özgürlüğünün ya da dolaylı olarak gazetecilere uygulanan cezai tedbirlerle kısıtlanması, toplumdaki hoşgörü, açık fikirlilik ve çoğulculuk kavramlarının ne derece önemsendiğini göstermektedir.

Kendileri hakkında başlatılan soruşturma ve devamındaki kovuşturmalarda şüpheli ve sanık statüsünde olan gazeteciler, ceza muhakemesi süresince kendilerine tutuklama tedbirinin uygulanabileceğinden kişi özgürlüğü ve güvenliği hakları tehdit altındadır. Sanık ya da şüpheli konumundaki gazetecilere uygulanacak tutuklama tedbiri ise yalnızca onların özgürlük ve güvenlik haklarına müdahale etmeyecek; aynı zamanda gazetecilik faaliyetlerini icra etmelerine engel olacağından basın özgürlüğünü de etkileyecektir. Bu çalışmada ise, özellikle, gazetecilerin ifade özgürlüğünün tutuklama tedbiri ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı dolayısıyla kısıtlanması üzerinde durulacaktır. Sanık ya da şüpheli konumda olan gazetecilere uygulanan tutuklama tedbirlerinin hukukiliği, süresi ve ölçülülüğü, anayasal normlar, uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerinin gereklilikleri ile beraber incelenecek ve gazetecilere ilişkin verilen tutuklama kararlarının Anayasa Mahkemesi'nce nasıl değerlendirildiği tartışılacaktır.

I. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, Anayasa'nın³ (AY) 19. maddesinde düzenlenmektedir. Bu hak, "keyfî şekilde özgürlüğünden yoksun tutulmama güvencesi"ni getirmektedir.⁴ Keyfiliği önlemekten yola çıkan hak, "bireyin maddi ve manevi varlığını zedeleyici ceza ve aşağılayıcı işlemleri yasaklamak" ve varlığın bütününe "güvence altına almaya yönelik usul gereklerini yürürlüğe koymak" amaçlarını da güder.⁵ Bu madde, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının yalnızca 2.fık-

³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/16863 (Mükerrer).

⁴ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Bası, BETA Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 179.

⁵ İbrahim Özden Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 13. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 263.

rasında sayılı hâllerde⁶ ve şekil ile şartlarının kanunda gösterilmek koşuluyla sınırlanmasını mümkün kılmaktadır. Maddenin ilerleyen fıkralarında, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yapılan müdahalelerin özel görünümleri olan yakalama ve tutuklama tedbirlerine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemeler yakalama ve tutuklama şeklinde alınan koruma tedbirlerinin usulüne, müdahalenin meşruluğunun sağlanması için gereken şartlara ve kişi özgürlüğü ve güvenliği sınırlanan bireyin haklarına ilişkindir.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının sadece Anayasa bağlamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Anayasa'nın 90. maddesi doğrultusunda usulüne uygun biçimde yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar kanun-üstü bir seviyeye getirilmiş olduğundan⁷ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi⁸ (İHEB), Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi⁹ (BM MSHS) ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi¹⁰ (İHAS) de hakka gerçekleştirilecek müdahaleler bakımından önem arz etmekte, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunacak hakkın İHAS ve Anayasa'nın kesişim

⁶ Anayasa'nın 19. maddesinin 2.fıkrasında kişi özgürlüğü ve güvenliğine meşru kabul edilen müdahaleler mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi, bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması, bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi, toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi, usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanmasıdır.

⁷ Anayasa md.90/son: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."

⁸ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB), Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu, 10.12.1948, 217A(III). Türkiye'de Bakanlar Kurulu'nun 9119 sayılı kararı ile 7217 sayılı ve 27 Mayıs 1949 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁹ UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights 16 Aralık 1966, 2200/A(XXI) İmza Tarihi: 15.08.2000, 4868 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, 25142 sayılı ve 18.06.2003 tarihli RG'de yayımlanmıştır.

¹⁰ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), Avrupa Konseyi, 4.11.1950. 6366 sayılı, 10.03.1954 tarihli Onay Kanunu, 19.03.1954 tarihli ve 8662 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

kümesinde yer alması gerekmektedir.¹¹ Bununla beraber, daha geniş bir bakış açısıyla ve sistematik yorum¹² doğrultusunda düşünüldüğünde, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "insan haklarına saygılı devlet" ile 14. maddesinde yer alan "insan haklarına dayanan (...) Cumhuriyet" ifadesi de insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerin temel hakların yorumunda dikkate alınması gerektiğine işaret eder.¹³

Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) gazetecilerin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında verdiği 49 kararın 46'sında tutuklamanın hukukiliği başvuru konusu yapılmıştır.¹⁴ Mahkeme, tutuklama tedbirinin kanuni olup olmadığını değerlendirmeden önce, belirlediği ilkeleri ortaya koymaktadır. AYM'nin tutuklama kararının hukukiliğine ilişkin yapacağı denetim, Anayasa'da tutuklamaya ilişkin koşulların tutuklama kararında gerekçelendirilmesine ve ölçülülük ilkesine uygun müdahale edilip edilmediği ile sınırlıdır.¹⁵ Bu bağlamda AYM öncelikle tutuklama tedbirinin maddi koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini, başka bir deyişle Anayasa'da belirtildiği üzere suç

¹¹ Anayasa md.148/3: "(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/18 md.) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."

¹² Sistematik yorum, iki temele dayanmaktadır. İlk olarak, hukuksal normlar kurgusal olarak normatif bir bütünlük içinde bir bağlam yaratmakta ve birbirini tamamlamaktadır. İkinci olarak ise ve bu normatif bütünlük, normların anlamlandırılmasında dikkate alınmakta, bağlam ve bağlamın diğer bileşenleri arasındaki ilişki göz önünde bulundurulmaktadır. Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, BETA Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 55.

¹³ Anayasa'nın bir maddesi, yalnız başına değil, normatif bütünlüğü oluşturan Anayasa'nın genel bağlamında ve diğer anayasal hükümlerle bağlantılı ve uyumlu yorumlanmalıdır. Bu doğrultuda Anayasa, hukuk devleti ilkesi (AY md.2) ve eşitlik ilkesi (AY md.10) uyarınca tutarlı ve anlamsal bütünlük içinde yorumlanmalıdır (a.g.e. s. 56.). Anayasa Mahkemesi'nin sistematik yorumu benimsediği örnek bir karar olarak bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1990/32, K. 1990/25, 16.10.1990 RG 30.11.1990/20711. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal normların sistematik yorumunda söz konusu normun koruduğu alan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ve sınırlanmasının sınırlarına ilişkin kurallar ve de diğer normlar ile bağlantısı ile beraber diğer hak ve özgürlük normları arasındaki ilişki göz önüne alınmalıdır (Oder, a.g.e. , s .64).

¹⁴ Bahsi geçen diğer 3 karar ise gözaltı tedbirinin incelendiği Ekrem Dumanlı (B.No: 2015/1032, 31.10.2018) ile AYM kararlarının uygulanmaması dolayısıyla özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine ilişkin Mehmet Hasan Altan (3) B.No: 2018/2620, 09.01.2020; Şahin Alpay (2) B.No: 2018/307, 15.03.2020.

¹⁵ Örnek olarak bkz. Mehmet Hasan Altan (2) B.No: 2016/23672, 11.01.2018 RG 19.01.2018/30306 §§ 112-126 [Mehmet Hasan Altan (2)]; Şahin Alpay B.No: 2016/16092, 11.01.2018, RG 19.01.2018/30306 §§ 77-91 [Şahin Alpay].

işlendiğine dair kuvvetli belirtinin ve tutuklama nedeninin varlığını, ve koşulların gerçekleştiğine dair gerekçelendirilmenin yeterliliğini incelemektedir. Devamındaki değerlendirmede ise tutuklamanın somut olayda bir tedbir olarak ölçülü olup olmadığına ve bununla bağlantılı olarak tutuklulukta geçen sürenin makul olup olmadığına eğilmektedir. Çalışmanın devamında, Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirdiği bu hususlar, AYM'nin ve İHAM'ın içtihatları ile bu mahkemelerin gazeteciler özelinde verdiği kararlar ile bağlantılı olarak incelenecektir.

II. Tutuklamanın Maddi Koşullarının Gazetecilere İlişkin Bireysel Başvuru Kararları Işığında Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin tutuklama kararlarının hukukiliğini değerlendirirken ilk incelediği husus, Anayasa'nın 19. maddesinde geçen tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi için suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe ile beraber tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda belirtilen bir hâlin varlığıdır. Bu iki koşul, tutuklamanın maddi koşulları olarak adlandırılmaktadır.¹⁶ Bu koşullar aynı zamanda, CMK'nın tutuklama nedenlerini düzenleyen 100. maddesinde suç işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığı ve da tutuklama nedenleri olarak somutlaştırılmaktadır.

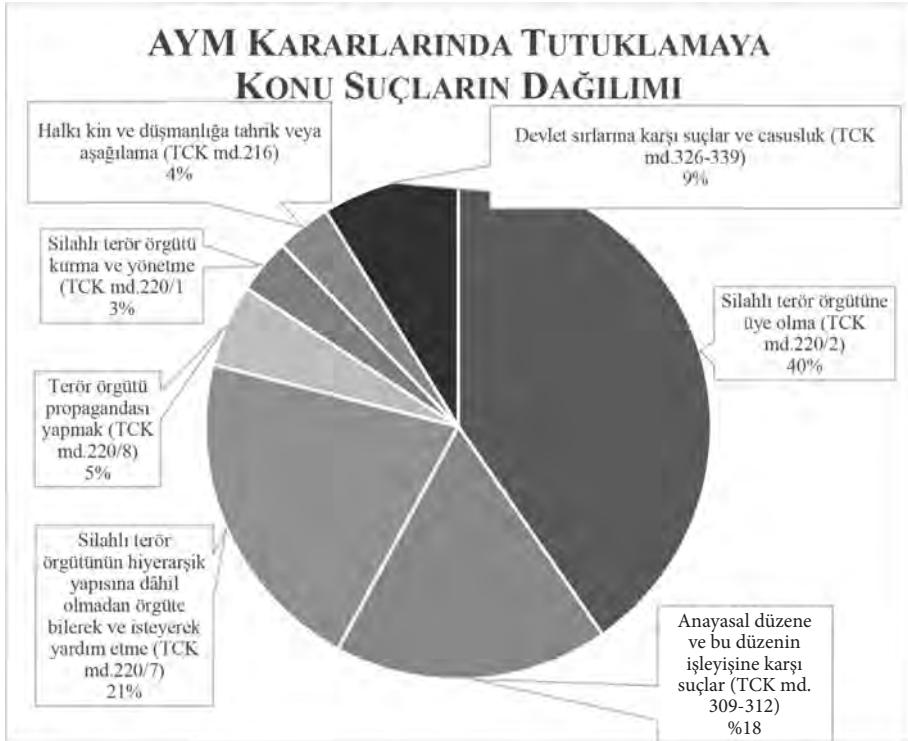
Yukarıda açıklanan hukuki düzenlemeler ile ulusal, uluslararası ve bölgesel yargı makamlarının içtihatlarının, gazetecilerin özgürlük ve güvenlik hakkına yapılan müdahaleler söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesi tarafından nasıl değerlendirdiğinin incelenmesi, hüküm ve içtihatların gazeteciler bağlamında somutlaşmasını sağlayacaktır. Bu bağlamda öncelikle, gazetecilerin tutuklanmasına yol açan isnat edilen suç ışığından bir değerlendirme yapılacak ve söz konusu suçun işlendiğini gösteren kuvvetli belirtinin somut olay bağlamında hangi delillere dayandığı ve sürülen tutuklama nedenleri incelenecektir.

A. Kuvvetli şüphe değerlendirmesi

Gazetecilerin yaptığı bireysel başvuruların kuvvetli şüphe varlığı bakımından incelenmesi sırasında, tutuklanmalarına yol açan suç isnadı ışığında bir değerlendirme yapılacak ve söz konusu suçun iş-

¹⁶ Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, BETA Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 408.

lendiğini gösteren kuvvetli belirtinin somut olay bağlamında hangi delillere dayandığı incelenecektir. AYM'nin gazetecilerin tutuklanmalarına ilişkin olarak verdiği 46 kararın %3'ü silahlı terör örgütü kurma ve yönetme suçuna (TCK md.220/1) %40'ı terör örgütüne üye olma suçuna (TCK md.220/2), %21'i silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dâhil olmadan örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme suçuna (TCK md.220/7), %5'i terör örgütü propagandası yapma suçuna (TCK md.220/8), %3'ü ise halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçuna (TCK md.216), %18'i Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara (TCK md.309-312) ve kalan %9'u devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluğa (TCK md.326-339) dayanmaktadır.¹⁷ Aşağıda AYM'nin bu suçlar bakımından kuvvetli şüphenin hangi unsurlar göz önünde bulundurularak incelendiği üzerinde durulacaktır.



Grafik 1: AYM'nin gazetecilere ilişkin bireysel başvuru kararlarında incelenen tutuklama kararlarında isnat edilen suçların dağılımı

¹⁷ Bkz. Grafik 1.

Terör örgütü kurma ve yönetme suçu bağlamında verilen tutuklama kararları AYM tarafından değerlendirilirken terör örgütü liderinin konuşmalarına içerik ve zamansal açıdan denk düşen yazılar yazılması,¹⁸ yazılan yazıların toplum üzerindeki etkisi,¹⁹ telefon görüşme kayıtları²⁰ ve terör örgütünün görsel-işitsel organında yapılan yayınlarda yer alan diyalogların²¹ ilgili suça işaret eden inandırıcı nedenler olarak kabul edilmiştir.

Başvurucuların silahlı terör örgütüne üyelik ile suçlanmaları dolayısıyla verilen tutuklama kararlarının AYM tarafından yapılan hukuksal inceleme kapsamında yaptığı kuvvetli belirti değerlendirmesinde başvuru telefonunda terör örgütüne kullanılan haberleşme programlarının bulunması,²² konut aramasında ortaya çıkan ve örgüt ideolojisini yayma, örgüte üye katma, terör örgütü liderine bağlılığı artırma amacı güttüğü düşünülen yayınların bulunması,²³ örgüt talimatı doğrultusunda haber yapma,²⁴ sosyal medyada terör örgütünü övücü ve olumsuz nitelikte paylaşımlarda bulunulması,²⁵ terör örgütünün finansman kaynağı olarak görülen bankaya para yatırılması,²⁶ terör örgütünün medya yapılanması içinde yer alan basın organlarında yöne-

¹⁸ Gültekin Avcı B.No: 2015/17921, 10.01.2019, §§ 148, 140 [Gültekin Avcı].

¹⁹ Gültekin Avcı, § 148, 140.

²⁰ Gültekin Avcı, § 140; Hidayet Karaca B.No: 2015/44, 14.07.2015 RG 09.10.2015/29497, § 91 [Hidayet Karaca].

²¹ Hidayet Karaca, § 93.

²² Örnek olarak bkz. Bayram Kaya B.No: 2017/26981, 28.11.2018, § 55 [Bayram Kaya]; Ayşenur Parıldak B.No: 2017/15375, 28.11.2018, § 57 [Ayşenur Parıldak]; Ali Ahmet Böken B.No: 2017 / 25973, 12.12.2018, § 50 [Ali Ahmet Böken], Emre Soncan B.No: 2016/73490, 11.03.2020, § 78 [Emre Soncan], Cihan Acar B.No: 2017/26110, 27.02.2020, §§ 69, 71 [Cihan Acar], Ercan Gün B.No: 2017/36164, 10.02.2021, § 55 [Ercan Gün]. ByLock uygulamasının genel olarak kişilerin terör örgütü ile bağlantısının olduğuna dair belirti olarak kabul edilebileceğine ilişkin AYM bireysel başvuru kararları için örnek olarak bkz. Aydın Yavuz ve Diğerleri B.No: 2016/22169, 20.06.2017 RG 30.06.2017/30110, §§ 106, 267 [Aydın Yavuz ve Diğerleri]; Selçuk Özdemir B.No: 2016/49158, 26.07.2017 RG 01.08.2017/30141, § 74 [Selçuk Özdemir].

²³ Kenan Baş B.No: 2017/17411, 29.11.2018, § 65 [Kenan Baş].

²⁴ Aziz Mahmut İstegün B.No: 2017/32195, 06.02.2019, § 61 [Aziz Mahmut İstegün].

²⁵ Kenan Baş, § 65.

²⁶ Fevzi Yazıcı B.No: 2016/59786, 13.09.2018, § 50 [Fevzi Yazıcı]; Aziz Mahmut İstegün, § 62; Emre Soncan, § 103. Genel olarak talimat sonrasında Bank Asya'ya para yatırmanın örgütsel hiyerarşi içinde hareket edildiğine dair kuvvetli belirli olarak değerlendirildiği AYM bireysel başvuru kararları için örnek olarak bkz. Metin Evecen B.No: 2017/744, 04.04.2018, § 59 [Metin Evecen]; Ali Biray Erdoğan B.No: 2016/16189, 18.04.2018, § 40.

tici ve/veya sorumlu olma,²⁷ terör örgütünün medya yapılanmasında çalışma,²⁸ yayının canlı gerçekleşmesi,²⁹ yayının gerçekleştiği zaman dilimi,³⁰ yayınların içerikleri,³¹ yayınların içeriklerinin sürekliliği,³² yayınların yapıldığı medya kuruluşu,³³ sosyal medya üzerinden yapılan paylaşımlar,³⁴ terör örgütü ile bağlantılı olduğu düşünülen topluluk ile aynı mesajlaşma grubunda yer alma,³⁵ örgütün üst düzey yöneticileri ile görüşme,³⁶ tanık ile gizli tanık beyanları³⁷ ve yayının bağlamı³⁸ ile genel olarak bağlam,³⁹ terör örgütüne üye olma suçu bakımından kuvvetli şüphe değerlendirilmesinde dikkate alınacak hususlar olarak öngörülmüştür.

Terör örgütüne üye olmamakla birlikte bilerek ve isteyerek yardım etme suçu bakımından ise gazetecilerin bireysel başvuru kararlarında başvuruçuların medya organındaki konumu,⁴⁰ sosyal medyada yapılan paylaşımlar,⁴¹ gazete yazısının tutuklamaya temel olduğu

²⁷ Fevzi Yazıcı, § 49; Mehmet Özdemir B.No: 2017/37283, 29.11.2018, §§ 82-84 [Mehmet Özdemir]; Mustafa Ünal B.No: 2017/21149, 28.11.2018, §§ 62-63 [Mustafa Ünal]; Yetkin Yıldız B.No: 2018/3292, 23.06.2020, § 64 [Yetkin Yıldız]; Ahmet Hüsrev Altan B.No: 2016/23668, 03.05.2019, RG 26.06.2019/30813, §§ 100,102,104 [Ahmet Hüsrev Altan].

²⁸ Hanım Büşra Erdal B.No: 2017/35344, 09.06.2020, § 85 [Hanım Büşra Erdal].

²⁹ Mehmet Hasan Altan (2), § 141.

³⁰ Mehmet Hasan Altan (2), § 135; Şahin Alpay, § 97; Ahmet Hüsrev Altan, § 104; Ayşe Nazlı Ilıcak B.No: 2016/24616, 03.05.2019, RG 26.06.2019/30813, § 65 [Ayşe Nazlı Ilıcak].

³¹ Mehmet Hasan Altan (2), §§ 134,136; Şahin Alpay, §§ 98, 100; Ayşe Nazlı Ilıcak, § 65, Aziz Mahmut İstegün, § 61.

³² İhsan Yaşar ve Mehmet Ali Çelebi B.No: 2019/19137, 28.01.202, RG 18.03.2021/31427, § 58 [İhsan Yaşar ve Mehmet Ali Çelebi].

³³ Ahmet Hüsrev Altan, § 103.

³⁴ Ayşenur Parıldak, §§ 59-60; Ayşe Nazlı Ilıcak, §§ 63-65; Kenan Baş, § 64; Hanım Büşra Erdal, § 86.

³⁵ Tunca İlker Öğreten B.No: 2017/11340, 20.11.2019, § 47 [Tunca İlker Öğreten].

³⁶ Ercan Gün, § 53.

³⁷ Abdullah Kılıç B.No: 2016/25356, 08.01.2020, § 67 [Abdullah Kılıç]; Ali Ahmet Böken, §§ 52,54; Ahmet Hüsrev Altan, § 104; Ercan Gün, § 54. Genel olarak tanık beyanlarının kişiler ile terör örgütü arasında bağlantılara işaret etmesi ve somut olgular içermesinin terör örgütüne üye olma suçu bakımından kuvvetli belirti olarak kabul edilebileceğine dair örnek olarak bkz. Selçuk Özdemir, § 75; Metin Evencen, § 58; Recep Uygun B.No: 2016/76351, 12.06.2018, § 43 [Recep Uygun]; İsmail Çıtak B.No: 2016/78629, 28.11.2019, § 52 [İsmail Çıtak].

³⁸ Mehmet Hasan Altan (2), § 40; Ayşe Nazlı Ilıcak, § 65.

³⁹ Ahmet Hüsrev Altan, § 108,109.

⁴⁰ Mehmet Murat Sabuncu B.No: 2016/50969, 02.05.2019, RG 26.06.2019/30318, § 61 [Mehmet Murat Sabuncu].

⁴¹ Mehmet Murat Sabuncu, § 61, Atilla Taş B.No: 2016/30220, 29.05.2020, § 88 [Atilla Taş].

hallerde yayınlandığı gazetenin niteliği, bağlamı, üslubu ve kullanılan ifadeler ile yazının bağlamı,⁴² tutuklamaya sebep olan suçun işlendiğine dair temel alınan somut delilin yayımlanmış bir gazete haberi olması durumunda ilgili gazete haberlerinin daha önceden yayınlanıp yayınlanmadığı,⁴³ gazetecilerin yazılarının tutuklamaya temel olması halinde de yazının şiddet ve isyanı teşvik edici ya da şiddet ve terörü övme ve meşrulaştırma niteliği olması veya nefret söylemi içerip içermediği⁴⁴ noktaları, AYM'nin kuvvetli belirti değerlendirilmesinde dikkate alınmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs suçundan dolayı tutuklanan gazeteci başvurularında başvuruçunun konumunu,⁴⁵ yayının canlı gerçekleşmesi,⁴⁶ yayının gerçekleştiği zaman dilimi,⁴⁷ yayınların içerikleri,⁴⁸ yayınların yapıldığı medya kuruluşu,⁴⁹ tanık ile gizli tanık beyanları⁵⁰ ve yayının bağlamı⁵¹ ile genel olarak bağlam⁵² AYM'nin kuvvetli suç şüphesinin bulunup bulunmadığına dair yaptığı incelemede değerlendirmeye alınan hususlar olmuştur.

Anayasal düzeni ortadan kaldırma ve değiştirmeye teşebbüs suçunun incelendiği başvurular bakımından AYM'nin yaptığı kuvvetli şüphe incelemesinde terör örgütünün üst düzey yöneticileri ile görüş-

⁴² Önder Çelik ve Diğerleri B.No: 2016/50971, 02.05.2019, § 61 [Önder Çelik ve Diğerleri]; Akın Atalay B.No: 2016/50970, 02.05.2019, RG 26.06.2019/30813, § 60 [Akın Atalay]; Mümtazer Türköne B.No: 2017/17839, 27.11.2019, RG 10.01.2020/31004, § 62 [Mümtazer Türköne].

⁴³ Erdem Gül ve Can Dündar B.No: 2015/18567, KT 25.02.2016, RG 10.03.2016/29649, § 77 [Erdem Gül ve Can Dündar].

⁴⁴ Murat Aksoy B.No: 2016/30112, 02.05.2019, RG 26.06.2019/30813, § 68 [Murat Aksoy].

⁴⁵ Yakup Şimşek B.No: 2017/36064, 25.12.2018, § 71 [Yakup Şimşek].

⁴⁶ Mehmet Hasan Altan (2), § 141.

⁴⁷ Mehmet Hasan Altan (2), § 135; Ahmet Hüsrev Altan, § 104.

⁴⁸ Mehmet Hasan Altan (2), § 134,136; Şahin Alpay, § 98, 100; Ayşe Nazlı Ilıcak, § 65, Aziz Mahmut İstegün, § 61.

⁴⁹ Ahmet Hüsrev Altan, § 103.

⁵⁰ Abdullah Kılıç, § 67; Ali Ahmet Böken, §§ 52,54; Ahmet Hüsrev Altan, § 104. Genel olarak tanık beyanlarının kişiler ile terör örgütü arasında bağlantılara işaret etmesi ve somut olgular içermesinin terör örgütüne üye olma suçu bakımından kuvvetli belirti olarak kabul edilebileceğine dair örnek olarak bkz. Selçuk Özdemir, § 75; Metin Evecen, § 58; Recep Uygun, § 43; İsmail Çıtak, § 52.

⁵¹ Mehmet Hasan Altan (2), § 140; Ayşe Nazlı Ilıcak, § 65.

⁵² Ahmet Hüsrev Altan, § 108, 109.

meyi kuvvetli şüphe belirtisi olarak sayan Mahkeme,⁵³ terör örgütü propagandası yapma suçu bakımından tutuklama kararı verilen gazetecilerin bireysel başvurularında ise AYM, yapılan röportajın yapı- lış amacını dikkate alarak başvuru gazeteci tarafından sorulan so- ruların niteliğini incelemiş ve propaganda yapmaya elverecek şekilde yönlendirici sorular sorulup sorulmadığını,⁵⁴ yapılan röportajın ger- çekleştiği koşulları ve bağlamı, terör örgütünün eylemlerinin medya organlarında verilmesini, haberin içeriği ve üslubunu,⁵⁵ yayın orga- nının örgütsel bir amaca hasredilmesini,⁵⁶ gerçekleştirilen yayınların dönemi, içeriği ve terör örgütüne mücadele ekiplerinin sürekli olarak düşman olarak nitelendirilmesini⁵⁷ suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe olarak değerlendirmiştir.

Devletin güvenliğine ilişkin gizli belgeleri temin etme ve devletin güvenliğine ilişkin belgeleri tahrip etme, amacı dışında kullanma, hile ile alma, çalma suçları bakımından verilen tutuklamanın kuvvetli be- lirtiyeye dayanıp dayanmadığını incelerken ise AYM, gizli belgenin tem- in edilmiş yöntem ve şekline ilişkin delilleri,⁵⁸ gizli belgenin içeriğini⁵⁹ ve açıklanmasının potansiyel sonuçlarını⁶⁰ dikkate almıştır.⁶¹

Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşman- lığa alenen tahrik etme suçuna dayalı olarak gerçekleştirilen tutukla- mada AYM, somut olayda kuvvetli suç şüphesinin olup olmadığını incelerken Yargıtay'ın içtihadında hangi tür eylemlerin suç teşkil ettiği

⁵³ Yetkin Yıldız, § 65; Cihan Acar, § 71.

⁵⁴ İlker Deniz Yücel B.No: 2017/16589, 20.05.2019 RG 28.06.2019/30815, § 77 [İlker Deniz Yücel].

⁵⁵ Ahmet Şık B.No: 2017/5375, 02.05.2019, RG 26.06.2019, § 51 [Ahmet Şık].

⁵⁶ İhsan Yaşar ve Mehmet Ali Çelebi, § 57.

⁵⁷ İhsan Yaşar ve Mehmet Ali Çelebi, §§ 57-59.

⁵⁸ Mehmet Baransu (2) B.No: 2015/7231, 17.05.2016, RG 17.06.2016/29745, § 129 [Mehmet Baransu (2)].

⁵⁹ Mehmet Baransu (2), § 134.

⁶⁰ Mehmet Baransu (2), § 134.

⁶¹ AYM, Gültekin Avcı kararında, devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askerî casusluk amacıyla temin etme suçu bakımından somut olay ile suça ilişkin kuvvetli belirti arasında bir bağ kurmamış; ancak tutuklamaya neden olan silahlı terör örgütü kurma ve yönetme, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme suçları bakımın- dan bir değerlendirme yapmıştır.

üzerine yaptığı değerlendirmeyi dikkate almış⁶² ve bu bağlamda tutuklama ve tutuklamanın devamı kararlarına konu edilen sosyal medya paylaşımlarını şiddet çağrısı içermesi,⁶³ kin ve düşmanlığa tahrik etme unsurunun bulunması⁶⁴ ve kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlike yaratması⁶⁵ açısından incelemiştir.

AYM'nin kuvvetli suç şüphesi bulunup bulunmadığına dair yaptığı inceleme, gazeteciler ve onlara atılı suçlar bakımından yukarıda sayılı halleri gözetmektedir. Bu haller, somut olayın koşulları altında değerlendirilmekte ve suçun işlendiğine dair kuvvetli bir belirti olup olmadığına karar verilmektedir. Bu unsurların her somut olayda, olayın kendine özgü nitelikleri gereği, farklı sonuçlar verebileceği açıktır. AYM tarafından yapılan değerlendirmenin her başvuru için münferit olarak incelenmesi bu çalışma kapsamında mümkün olmasa da birçok kararda kendini gösteren tartışmalı konular, İHAM'ın yaklaşımı da göz önüne alınarak incelenecektir.

İHAS sisteminde de bahsi geçen "makul şüphe" kavramı, mutlaka bulunması gereken bir unsur olduğundan tutuklamaya ilişkin diğer sözleşmesel güvencelerin uygulanabilmesi için de temel bir taşıdır.⁶⁶ Ancak AYM, her ne kadar kuvvetli şüphe değerlendirmesi yaparken, öncelikle, kuvvetli şüphenin tutuklamanın ön koşulu olduğunu vurgulasa da pek çok kararında bu öncülünü değerlendirmesine yansıtılmamaktadır. AYM'nin tutuklamanın kuvvetli belirtiye dayanıp dayanmadığını incelerken yaptığı değerlendirmede, yalnızca ilk tutuklama kararının kapsamını değil, muhakeme sürecinde hazırlanan

⁶² Hakan Aygün B.No: 2020/13412, 12.01.2021, RG 23.02.2021/31404, §§ 29,60 [Hakan Aygün].

⁶³ Hakan Aygün, §§ 62,65, İlker Deniz Yücel, § 78.

⁶⁴ Hakan Aygün, § 65, İlker Deniz Yücel, § 78.

⁶⁵ Hakan Aygün, § 66.

⁶⁶ İlk bakışta İHAS'ta yer alan "makul şüphe" ifadesi, Anayasa'daki "kuvvetli belirti" ve CMK'daki "kuvvetli suç şüphesi" kavramlarından daha altta yer alan bir eşige işaret ediyor gibi gözükse de İHAM bu kavramı, iç hukukta yer alan kavramlardan bağımsız biçimde değerlendirmekte ve özerk bir yoruma tabi tutmakta ve makul şüphe kavramının içini içtihat yoluyla doldurmaktadır. Bkz. Tolga Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018, s. 107. Özerk yorum hakkında bkz. David Harris/Michael O'Boyle/Ed Bates/Carla Buckley, Harris, O'Boyle&Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights, 2. Bası, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 19; Robin White/Claire Ovey, Jacobs, White, & Ovey: The European Convention on Human Rights, 5. Bası, Oxford University Press, Oxford 2010, s. 69.

iddianameyi ve mahkemenin mahkûmiyet ile beraat kararını dikkate aldığı görülmektedir.⁶⁷ Başka bir deyişle AYM, başvuru hakkında verilmiş tutuklama kararını, tutuklama kararı verildikten sonra hazırlanmış muhakeme belgelerini dikkate alarak suç işlendiğine dair kuvvetli belirti bulunup bulunmadığı yönünden incelemekte ve ön koşul kavramını anlamsız kılmaktadır.

AYM'nin bu yaklaşımı, tutuklama kararının hukukiliği için gerekli olan kuvvetli şüphe bileşeninin hem varlık amacıyla hem de kuvvetli şüpheye ilişkin kanuni düzenlemelerdeki yaklaşımla çelişmektedir. Öncelikle Anayasa'da yer alan kuvvetli belirti kavramının, CMK'da "kuvvetli suç şüphesi" olarak somutlaştığı ve kuvvetli belirti kavramından daha yoğun bir şüphe içerdiğinin⁶⁸ altı çizilmelidir. CMK bu güçlendirmeyi, aynı zamanda kuvvetli şüphenin varlığına ilişkin "somut deliller" gerektiği yaklaşımıyla vurgulamıştır. Ek olarak, kuvvetli belirti incelemesinin hem AYM hem de İHAM içtihatlarında somut olayın koşullarına göre yapılacağı belirtildiğinden, tutuklama gerçekleştiği anda somut olayın koşullarının dikkate alınması gerekecektir.⁶⁹ Bu bağlamda AYM, tutuklama kararlarının hukukiliğini incelerken bu hususu göz önüne almalı ve kararda tutuklamaya delil olarak gösterilen unsurların somut bir biçimde kuvvetli bir şüphe yaratıp yaratmadığını incelemelidir.

Mahkemece "somut olayın koşulları" kavramı, tüm olay bağlamında yorumlanmakta ve tüm muhakeme sürecindeki deliller, ilk tutuklama kararının kuvvetli şüpheye dayanıp dayanmadığı incelemesinde dikkate alınmaktadır. Halbuki, tutuklama tedbirinin anayasal güvence altındaki masumiyet karinesini ortadan kaldırmaması için gereken kuvvetli şüphenin somut delillere dayanması ve bu delillerin kişinin suç işlediğine dair büyük bir ihtimal bulunduğu işaret et-

⁶⁷ Mahkûmiyet hükmünün inceleme konusu yapıldığı karara örnek olarak bkz. Ali Ahmet Böken, §§ 53-54; Atilla Taş, § 87. İddianamenin dikkate alındığı bir karara örnek olarak bkz. Kenan Baş, § 64; Mehmet Murat Sabuncu, § 60; Atilla Taş, § 87; Mustafa Ünal, § 60; Gültekin Avcı, § 140. İHAM Atilla Taş v Turkey kararında AYM'nin tutukluluğun hukukiliğini incelerken, verilen tutuklama kararında yer almayan unsurlara dayanılması ve ancak daha iddianamede yer verilen bu unsurların makul şüphenin mevcut olup olmadığına değerlendirilmesinde esas alınmayacağına altını çizmiştir. Bkz. Atilla Taş v Turkey App no 72/17 (ECHR, 19 January 2021), § 131 [Atilla Taş v Turkey].

⁶⁸ Hasan Sınar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 181.

⁶⁹ İlgar Mammadov v Azerbaycan App no 15172/13 (ECHR, 29 May 2019), § 90.

mesi gerekir.⁷⁰ Paralel olarak, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ışığında özgürlük ve güvenlik hakkında müdahalenin kuvvetli bir şüpheye dayanması ve bu şüphenin somut olgular ile ilişkilendirilerek gösterilmesi gerekir.⁷¹ Bu bağlamda, tutuklamanın ilk gerçekleştiği anda bu kuvvetli şüphenin mevcut olması zorunludur ve AYM incelemesini, tutuklama kararındaki delillerle sınırlı tutmalıdır. Zira tutuklama kararı vermeye yetkili mercii, yalnızca tutuklama kararı verdiği andaki bilgiler ile delilleri haizdir ve bunlar ışığında karar vermesi gerekmektedir.

AYM'nin ters yönde yaklaşımı, Anayasa'da ve İHAS'ta yer alan güvenceleri anlamsız ve işlevsiz hale getirmektedir. Başka şekilde ifade etmek gerekirse AYM'nin, somut olayın koşulları ve bağlamın dikkate alınacağı hususunu olmaması gereken bir biçimde ve hak kaybına neden olacak şekilde yorumlaması, özgürlük ve güvenlik hakkına tutuklama kararı dolayısıyla yapılan müdahalelerin hukukilik denetiminin yeterli şekilde yapılmaması sonucunu doğurmaktadır. İHAM içtihadında bu değerlendirmenin bir örneği olarak *Ahmet Hüsrev Altan* kararı verilebilir. AYM'nin, başvurucunun televizyon programında yaptığı açıklamalar ve gazete yazılarının, darbe teşebbüsünü önceden bildiği şeklinde yorumlamasının yerinde olmadığını işaret eden İHAM, yazılı ve sözlü ifadelerin bağlamından ayrı bir biçimde yorumlanmaması gerektiği⁷² ve ilgili ifadelerin herhangi bir şiddet çağrısı içermediği sebebiyle ifade özgürlüğünün sınırları içinde yer aldığı⁷³ altını çizmiştir.⁷⁴ Bu husustan yola çıkılarak, başvurucunun bahsi geçen ifadelerinin, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs ya da terör örgütüne üye olmamakla birlikte bilerek ve isteyerek yardım etme suçları bakımından makul bir şüphe yaratmadığı belirtilmiştir.⁷⁴

⁷⁰ Nur Centel, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2011, C. 17, S. 1-2, s. 51. Centel, açıklamalarında makalenin yayımlandığı sırada CMK md.100'ün yürürlükte olan "somut olgular" ifadesine gönderme yapmıştır.

⁷¹ Koray Doğan, *Ceza Muhahemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 151.

⁷² *Ahmet Hüsrev Altan v Turkey* App no 13252/17 (ECHR, 13 April 2021), §§ 142-145 [*Ahmet Hüsrev Altan v Turkey*].

⁷³ *Ahmet Hüsrev Altan v Turkey*, § 143.

⁷⁴ *Ahmet Hüsrev Altan v Turkey*, § 147-148.

İHAM gazetecilere ilişkin verdiği yakın tarihli başka üç kararında da AYM kararlarında kuvvetli şüphe incelemesinin sorunlu olduğuna kararlarında işaret etmiş, başvuruçuların ilk tutuklama anında mevcut olmayan delillerin ve bilgilerin, ilk tutuklama kararının hukukilik değerlendirilmesinde kullanılamayacağını, bunlara sadece tutukluluğun devamına ilişkin verilen kararlarda ve o anda mevcut iseler dayanılabileceğinin altını çizmiştir.⁷⁵ Bu yönde kararların hem gazeteci olan hem de olmayan başvuruçular bakımından verilmiş olması, İHAM'ın AYM nezdinde sistematik hale gelmiş ve gazetecileri de etkileyen bir sorunu işaret ettiğinden özellikle dikkate alınması gerekir. Bu bağlamda AYM'nin kuvvetli şüpheyi yorumlarken, somut olayın özelliklerine dair unsurların değerlendirmeye katılması hususunu, ilk tutuklama kararı verildiği anda mevcut olan unsurlarla sınırlaması gerekmektedir. Bununla beraber İHAM, özellikle atılı suçun terör ile ilişkili olması durumunda, makul şüphe gerekliliğinin özgürlük ve güvenlik hakkına dair güvencelerin sakatlanacağı kadar esnetilmesini de kabul etmemektedir.⁷⁶ Pek çok gazetecinin terör ile ilişkili suçlardan tutuklandığı göz önüne alınırsa, tutuklama anında kuvvetli şüphenin olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin gereği gibi yapılmamış olması, üzerlerine atılı suçların terör ile ilişkili olması dolayısıyla kabul edilebilir hale gelmeyecektir. Ayriyeten, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yapılan müdahalelerin, bireyin aynı zamanda ifade özgürlüğü üzerinde de sonuç doğurduğu durumlarda İHAM da makul şüphe kavramının, İHAS'ın 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünü tehlikeye atacak biçimde yorumlanmaması gerektiğini özellikle belirtmektedir.⁷⁷ Bu belirleme, gazeteciler ve basın özgürlüğü söz konusu olduğunda, halkın haber alma özgürlüğünü de etkileyeceğinden, oldukça önemli olmaktadır.

⁷⁵ Şık v Turkey (No.2) App no 36493/17 (ECHR, 24 November 2020), § 138 [Şık v Turkey (No.2)]; Sabuncu and others v Turkey App no 23199/17 (ECHR, 10 November 2020), § 181 [Sabuncu and others v Turkey]; Atilla Taş v Turkey, § 131. Aynı yönde kararlar için bkz. Alparslan Altan v Turkey App no 12778/17 (ECHR, 16 April 2019), §§ 136-139 [Alparslan Altan v Turkey]; Selahattin Demirtaş v Turkey (No.2) [GC] App no 14305/17 (ECHR, 22 December 2020), § 326 [Selahattin Demirtaş (n.2)].

⁷⁶ O'Hara v United Kingdom (2002) 34 EHRR 812, § 35; Baş v Turkey App no 66448/17 (ECHR, 3 March 2020), § 184.

⁷⁷ Selahattin Demirtaş (n.2), § 328; Öğreten and Kanaat v Turkey App no 42201/17, 42212/17 (ECHR, 18 May 2021), § 92.

İkinci olarak ise AYM ve İHAM'ın kuvvetli şüphe bağlamında değerlendirme eşiğinin incelenmesi, iki mahkemenin farklı yaklaşımının görülmesi açısından yerinde olacaktır.⁷⁸ Gazeteciliğe ilişkin davalar düşünüldüğünde yakın zamanda hem AYM hem de İHAM önüne gitmiş olan ve *Cumhuriyet davaları* olarak bilinen başvuruların incelenmesi, iki mahkemenin yaklaşım farklılıklarını ortaya serecektir.

Mehmet Murat Sabuncu başvurusunda tutuklama kararı, terör örgütü üyesi olmamakla birlikte örgüt adına faaliyette bulunma suçu isnadıyla, başvurucunun gazetede konumu dolayısıyla Cumhuriyet Gazetesi'nin isim ve yayın hakkını elinde bulunduran Cumhuriyet Vakfı'nda gerçekleşen yönetim değişikliği sonrasında gazetenin yayın politikasının, sosyal medya paylaşımlarının ve yayımlanan haberlerin terör örgütü propagandası niteliğinde görülmesi, terör örgütlerinin olumlanması, eleştiri ve haber niteliğini aşan yayınlar yapılması ve eski Cumhuriyet Vakfı yöneticilerinin tanık beyanları dolayısıyla verilmiştir.⁷⁹ AYM, bu unsurları kuvvetli şüpheye ilişkin somut veriler olarak kabul etmiştir.⁸⁰ Yine AYM önüne gelen Önder Çelik ve Diğerleri başvurusunda, aynı suçu işledikleri gerekçesiyle verilen tutuklama kararında, *Mehmet Murat Sabuncu* başvurusunda bahsedilen unsurlara dayanılmıştır. Bu iki karardaki başvurucuların İHAM'a yaptığı başvuru kapsamında ise Mahkeme, işaret edilen somut verilerin, terör örgütü ile bağlantının kurulması bakımından oldukça genel izlenimlere dayanması,⁸¹ yayımlanan haber ve yazılardan yapılan çıkarımların makul olmadığı,⁸² yayımlanan haberler ve yapılan sosyal medya paylaşımlarının kamusal tartışmalara katkı sunduğu,⁸³ terör ve şiddet eylemlerini teşvik edici olmadığı⁸⁴ ve yalnızca muhalif görüşleri yansıttığı ve ilk bakışta herhangi bir meşru muhalif görüşten farksız

⁷⁸ İki mahkeme arasındaki bu anlayış farkının gazeteci olmayan başvurucular bakımından incelenmesi için bkz. Emre Turkut/Sabina Garahan, "The 'reasonable suspicion' test of Turkey's post-coup emergency rule under the European Convention on Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2020, C. 38, S. 4, s. 14-18.

⁷⁹ Mehmet Murat Sabuncu, § 18.

⁸⁰ Mehmet Murat Sabuncu, § 61.

⁸¹ Sabuncu and others v Turkey, §§ 157-158.

⁸² Sabuncu and others v Turkey, § 161-162.

⁸³ Sabuncu and others v Turkey, § 172.

⁸⁴ Sabuncu and others v Turkey, § 173.

olduğu⁸⁵ sebebiyle suç işlendiğine dair makul şüphenin oluşmadığını belirtmiştir. Avrupa Mahkemesi ayrıca kamusal makamlarca yapılan ve AYM'nin kararında onayladığı haber ve eleştiri ile terör örgütü üyesi olmamakla beraber örgüt adına faaliyette bulunma arasında yapılan ayrımı da eleştirmiştir.⁸⁶ Kamusal otoritelere yönelik meşru eleştirilerin basın ve ifade özgürlüğü kapsamına girmesi gerekirken, terör örgütü adına faaliyet olarak yorumlanmasının yerel hukuk düzeni ve Sözleşmeye içkin sisteme aykırı olduğunu belirtmiş ve bu şekilde bir sınıflandırmanın çoğulcu demokrasilerde nesnel bir gözlemciyi tatmin edecek derecede makul şüphe oluşturamayacağı ifade etmiştir.⁸⁷

Bu kararlar bakımından da AYM ile İHAM'ın birbirinden oldukça ayrı değerlendirmeler yaptığı görülmektedir. Her ne kadar aranan şüphe eşiği ilk bakışta aynı gözükse de somut delillerin sınıflandırılması ile ifade ve basın özgürlüğü perspektifi iki mahkemenin kararlarındaki farklılığın temel kaynağıdır. Öncelikle İHAM içtihadı gereği, AYM'nin, atılı suç terör ile ilintili olsa dâhi, makul şüphe kavramını özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin güvenceleri anlamsızlaştıracak şekilde yorumlamaması gerekmektedir. Bu bağlamda AYM'nin somut verilerin değerlendirmesini ve sınıflandırmasını yaparken, çoğulcu demokrasinin gereklerini göz ardı etmemesi, ifade özgürlüğüne derinden müdahale eden teröre dair suçlamaları daha esaslı bir biçimde incelemesi yerinde olacaktır.

Cumhuriyet Gazetesi'nde yaptığı haberler dolayısıyla silahlı terör örgütü propagandası yapma suçundan tutuklanan Ahmet Şık, AYM'ye tutuklama kararının hukukiliğinin incelenmesi için başvuruda bulunmuştur. Tutuklama kararı veren sulh ceza hakimliği Ahmet Şık'ın sosyal medya hesabından yaptığı paylaşımları, gazetenin internet sitesinde yayınlanan haberleri ve yazılarının içerikleri, terör örgütü üyeleri ile röportaj yapması, terör örgütlerinin eylemlerine ilişkin tanımlamalarını, bu tanımlamaların terör örgütleri tarafından da ifade edildiği, devletin terör ile mücadelesini yasadışı olarak gösterdiği, terör örgütü söylemlerinin haber aktarma amacını ötesine geçtiği, devleti ve yetkililerini suçlayıcı nitelikte açıklamalarını göz önüne alarak suç işlendiği-

⁸⁵ Sabuncu and others v Turkey, §§ 174-175.

⁸⁶ Sabuncu and others v Turkey, § 178.

⁸⁷ Sabuncu and others v Turkey, § 179.

ne dair kuvvetli şüphe oluştuğunu ifade etmiştir.⁸⁸ Başvurunun İHAM önüne taşınması ile Avrupa Mahkemesi, yukarıda sayılan hususların başvurucuya atılı suçlar bakımından makullüğünü de sınıflandırılmasını incelemiştir.⁸⁹ Öncelikle, başvurucunun daha önceden eleştirdiği bir terör örgütünün propagandasını yapmış olmasının yalnızca ikna edici ve nesnel olarak doğrulanabilir kanıtlarla ortaya konduğu takdirde makul bir vargı olabileceğini ifade eden İHAM, makul şüphe kaynağı olarak gösterilen gazete haberleri ve yazıların kamusal tartışmalara katkı sunduğunun altını çizerek terör örgütü propagandası suçu bağlamında makul şüphe oluşturacak bir unsur olamayacağını,⁹⁰ bu haber ve yazıların ilk bakışta araştırmacı gazetecilik faaliyetlerinden ayrıştırılamayacağını, ifade ve basın özgürlüğü kapsamında olduğunu⁹¹ ve sonuç olarak, şüphenin işaret edilen hususlar doğrultusunda makullük eşiğini aşamaması dolayısıyla özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir.⁹²

İki karar karşılaştırmalı olarak incelendiğinde, ilk farklılık başvurucunun üzerine atılı suçu işlediğine nesnel bir gözlemciyi ikna edecek somut delil teşkil edip etmediğine; ikinci farklılık ise makul şüphe oluşturduğu iddia edilen hususların suç işlendiğini gösterecek nitelikte olup olmadığına dair değerlendirmelerdir. Bu bakımdan AYM'nin yaptığı değerlendirme İHAM nezdinde yetersiz kalmaktadır. AYM'nin bu başvuruda, kuvvetli şüphe değerlendirmesi eşiği, İHAM'a kıyasen oldukça düşük kalmıştır; zira Mahkeme'nin kuvvetli şüphe olduğuna kanaat getirdiği hususlar bakımından İHAM makul şüphenin yokluğuna ve bundan olarak özgürlük ve güvenlik hakkının ihlaline karar vermiştir. Ayriyeten, AYM'nin makul şüphe teşkil edecek hususlara dair yaptığı sınıflandırmanın oldukça sınırlandırıcı bir yaklaşımın ürünü olduğu söylenebilir. Bu sınırlayıcı yaklaşım yalnızca gazetecilerin özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlandırılmasına değil, yapılan haber ve içeriklerin suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe uyandırıcı unsurlar olarak değerlendirilmesi suretiyle ifade ve basın özgürlüklerini de sınırlandırması bakımından ayrıca bir öneme sahiptir.

⁸⁸ Ahmet Şık, § 17.

⁸⁹ Şık v Turkey (No.2), § 122.

⁹⁰ Şık v Turkey (No.2), § 126.

⁹¹ Şık v Turkey (No.2), § 136.

⁹² Şık v Turkey (No.2), § 141.

AYM önüne gelen ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar verildiği *Ahmet Kadri Gürsel ve Turhan Günay* başvurularında, terör örgütüne üye olmaksızın örgüte yardım etme suçu dolayısıyla verilen tutuklama kararının kuvvetli belirtiyeye dayanmadığına karar vermiştir. *Turhan Günay* başvurusunda tutuklamada dayanılan unsurların gerçekleri yansıtmadığı⁹³ ve hayatın olağan akışına aykırı bir hususun bulunmadığına⁹⁴ karar verilmiştir. *Ahmet Kadri Gürsel* kararında ise yayın danışmanı konumunun gazetenin yayın politikası üzerinde nasıl bir etki gösterdiği somut delillerle açıklanamadığından terör örgütüne üye olmaksızın yardım etme suçu ile başvurucu arasında bağlantının somutlaştırılmadığı,⁹⁵ başvurucunun gazetede yer alan yazılarının terör bağlantılı bir suçlamaya konu olabilmesi için gereken şiddet ve isyana teşvik unsurları taşımadığı, objektif bir gözlemcinin yalnızca eleştirel ve sert bir üslup olarak değerlendireceği ifadelerin aksi biçimde yorumlanmasının demokratik toplumun temeli olan ifade özgürlüğüne zarar vereceği⁹⁶ ve terör örgütü üyesi olan kişilerle gerçekleştirilen görüşmelerin hayatın olağan akışına aykırı olduğuna ve örgütsel faaliyet çerçevesinde gerçekleştiğine dair herhangi bir somutlaştırmanın olmaması dolayısıyla suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin yeterince ortaya konamadığına karar verilmiştir.⁹⁷

Her ne kadar Cumhuriyet Gazetesi'ne ilişkin davalardan olmasa da AYM ve İHAM arasındaki kuvvetli şüphe değerlendirmesindeki ikililiği gösteren kararlardan biri de *Atilla Taş* başvurusudur. Başvurucunun terör örgütüne bilerek ve isteyerek yardım etme suçu sebebiyle verilen ilk tutuklama kararını inceleyen AYM, başvurucunun sosyal medya hesaplarında yaptığı paylaşımların ve paralel devlet yapılanması ile ilişkili olması dolayısıyla kapatılan bir gazetede yayımlanan yazılarının paralel devlet yapılanmasını öven, meşru gösteren ve yapılanma ile mücadeleyi sonuçsuz bırakma amacı güden niteliklere sahip olması sebebiyle suç işlendiğine dair kuvvetli bir belirtiyeye ka-

⁹³ Turhan Günay 2016/50972, 11.01.2018 RG 19.01.2018/30306, § 77 [Turhan Günay].

⁹⁴ Turhan Günay, § 79.

⁹⁵ Ahmet Kadri Gürsel B.No: 2016/50978, 02.05.2019, RG 26.06.2019/30813, § 53 [Ahmet Kadri Gürsel].

⁹⁶ Ahmet Kadri Gürsel, §§ 56-58.

⁹⁷ Ahmet Kadri Gürsel, § 60.

naat getirmiştir.⁹⁸ Ancak İHAM, bu değerlendirmenin tamamen karşısında yer almış ve AYM'nin kuvvetli şüpheyi işaret ettiğini kabul ettiği unsurları yetersiz olarak değerlendirmenin yanı sıra tutuklamanın koşullarını belirleyen CMK md.100'ün koşulları ile somut olayın koşullarına yapılan göndermelerin genel, kişiselleştirmeden uzak ve belirsiz olduğunu özellikle belirtmiştir.⁹⁹ Şüphe doğuracak ve dolayısıyla tutuklamayı meşru gösterecek herhangi bir durum ve bilginin tutuklama anında sunulmamış olması, İHAM tarafından nesnel bir gözlemciyi tatmin edecek yeterlilikte bulunmamıştır.¹⁰⁰ Bununla beraber İHAM, AYM'nin suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe göstergeleri olarak değerlendirdiği verileri incelemiştir. Bu bağlamda, başvurucunun yazılarının yayımlandığı gazetenin, yazılar yayımlandığı sırada terör örgütü tarafından kontrol edildiğine dair herhangi bir yargı kararının bulunmadığını belirtmiş ve yazılar ile yayımlandığı gazetenin ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir.¹⁰¹ Yapılan bu değerlendirmeye paralel olarak İHAM, tutuklamayı meşru kılacak kuvvetli şüpheyi gösterdiği AYM tarafından ifade edilen sosyal medya paylaşımlarının ve gazete yazılarının darbe girişiminden önce de benzer içeriğe sahip olduğunu çoğu yazı ve paylaşımın darbe öncesinde yapılmış olmasını da dikkate alarak bu hususların kuvvetli şüphe oluşturamayacağı sonucuna varmıştır.¹⁰²

Bahsi geçen kararlarda iki kutup dikkati çekmektedir: kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlaline karar verilenler ve verilmeyenler. Bu bağlamda, AYM'nin suç işlendiğine dair kuvvetli belirti kavramını yorumlarken farklı eşikler gözettiği söylenebilir.¹⁰³ İHAM kararlarında da AYM'den daha farklı sonuçlara ulaşmasının temelinde de tutuk-

⁹⁸ Atilla Taş, § 88.

⁹⁹ Atilla Taş v Turkey, § 132. Tutuklamaya sebep olan sosyal medya paylaşımları ve yazılara yapılan göndermelerin genel nitelikli olması ve hangi ifadelerin özellikle tutuklama kararını meşru kıldığının belirtilmemesi değerlendirmesi için bkz. § 136.

¹⁰⁰ Atilla Taş v Turkey, § 132, 134, 136.

¹⁰¹ Atilla Taş v Turkey, § 134.

¹⁰² Atilla Taş v Turkey, § 137.

¹⁰³ AYM'nin İHAM'dan daha düşük bir kuvvetli belirti eşiğine sahip olduğu yönünde ayrıca bkz. Öznur Sevdiren, "Anayasa Mahkemesi'nin Tutuklama Kararının Maddi Şartları İçtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2019, C. 8, S. 16, s. 320.

lama kararını meşrulaştırıcı kuvvetli şüpheyi işaret eden somut delillerin değerlendirilmesi ve sınıflandırılmasındaki bakış açısı farklılığı yatmaktadır.

B. Tutuklama Nedenlerinin ve Tutuklama Nedenlerinin Varsayıldığı Hallerin İncelenmesi

CMK, tutuklama nedenlerini kaçma, saklanma veya kaçma şüphesine dair somut olguların varlığı ve şüpheli ya da sanığın delilleri yok etme, gizleme, değiştirme ile tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı girişimine dair şüphe olması durumu olarak belirlemiştir. 3.fıkra ise, fıkra sayılan suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphe olması durumunda tutuklama nedenlerinin varsayılabileceği düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin tutuklama nedenlerini gazetecilere ilişkin bireysel başvuru kararlarında öncelikle tutuklama kararına temel olan suçun CMK md.100/3'te sayılan suçlardan (katalog suçlar) olup olmadığına dair ikili bir ayırım yapılması, Mahkemenin tutuklama nedenlerini nasıl incelediğine dair bir çerçeve çizilebilir için yerinde olacaktır. Bu bağlamda AYM'nin katalog suçlara ilişkin olarak verilmemiş tutuklama kararlarını incelediği *Eren Erdem, Mümtazer Türköne ve Atilla Taş* başvuruları öne çıkmaktadır.

Eren Erdem başvurusunda AYM, mahkemenin kovuşturma aşamasında uyguladığı ilk tutuklama kararı, terör örgütüne üye olmakla beraber örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme suçunun (TCK md.220/7) işlendiğine dair kuvvetli şüphe olması dolayısıyla verilmiştir. Tutuklama kararı, başvuru hakkındaki mevcut olan yurt dışına çıkış yasağının farklı olmaması dolayısıyla ülkeden çıkış yapma isteği ve hakkında yapılan kaçacağına dair ihbarlara dayanılarak kaçma şüphesinin olması sebebiyle verilmiştir.¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi ise, ağır ceza mahkemesinin tutuklama kararında kaçma şüphesine dayanması sebebiyle denetimini yalnızca bu hususun bulunduğu dair bir inceleme ile kendini sınırlayacağını söylese de, somut olayı, tutuklama kararında bahsedilmemiş olan, delillerin karartılma olasılığının

¹⁰⁴ Eren Erdem B. No: 2019/9120, 09.06.2020, RG 19.06.2020/31160, § 35 [Eren Erdem].

var olup olmadığına ilişkin kısa bir incelemede bulunmuştur.¹⁰⁵ Her ne kadar AYM burada başvuru lehine olarak delilleri karartma şüphesinin bulunmadığını ifade etse de, denetimini mahkemenin tutukluluk kararı ile sınırlamayıp diğer tutuklama nedenlerinin somut olayda var olup olmadığını incelemesi, tutuklama kararında yer almayan bir hususun tutuklamanın temelini dolduracak şekilde AYM tarafından kullanılabilme ihtimalini düşündürmektedir. AYM değerlendirmesinin devamında, ağır ceza mahkemesince kaçma şüphesine işaret ettiği ifade edilen olgularının yeterli olup olmadığına değinmiştir. Bu bağlamda AYM tutuklama kararını kovuşturma aşamasında verildiğine,¹⁰⁶ yurt dışına çıkış yasağına ilişkin adli kontrol kararının başvurucaya tebliğ edilmemesi ve ilişkin belgelerden anlaşılıyor oluşuna,¹⁰⁷ yurt dışına çıkış yasağı olan bireyin havaalanı kullanarak ülkeden çıkış yapabileceğini düşünmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğuna,¹⁰⁸ başvurucaunun yurt dışına kaçacağını ihbar eden e-postanın kim tarafından ve hangi olgulara dayanılarak yapıldığının belli olmamasına,¹⁰⁹ başvurucaunun milletvekili iken yurtdışına birçok kere çıkış ve ülkeye giriş yapmasına¹¹⁰ dair somut olguları değerlendirerek tutuklama tedbirine ilişkin karar ve diğer belgelerde kaçma şüphesini gösterir somut olguların ortaya konmadığına kanaat getirmiştir.¹¹¹ Mahkeme, tutuklama kararında işaret edilen olguların, kaçma şüphesini gösterir şekilde yeterli biçimde somutlaştırılmadığına, somut olayda mevcut olan olguların ışığında karar vermesi oldukça yerindedir. Ağır ceza mahkemesinin yaptığı gerekçelendirmenin detaylı bir şekilde incelenmesi, tutuklama kararında kaçma şüphesinin varlığına işaret ettiği düşünülen hususların aslında kaçma şüphesini gösterir nitelikte olmadığını ortaya çıkarmıştır.

Yine terör örgütüne üye olmaksızın bilerek ve isteyerek yardım etme suçu sebebiyle verilen tutuklama kararının incelendiği *Mümtazer Türköne* kararında AYM, sulh ceza hakimliğinin başvurucauya atılı suç bakımından öngörülen ceza miktarı, atılı suçun katalog suç-

¹⁰⁵ Eren Erdem, § 158.

¹⁰⁶ Eren Erdem, § 158.

¹⁰⁷ Eren Erdem, § 165.

¹⁰⁸ Eren Erdem, § 165.

¹⁰⁹ Eren Erdem, § 167.

¹¹⁰ Eren Erdem, § 167.

¹¹¹ Eren Erdem, § 168.

lardan olması, soruşturmanın devam etmesi dolayısıyla delilleri yok etme, gizleme ve tanıklar üzerinden baskı kurma şüphesi olmasına dayanarak tutuklama nedenlerinin var olduğuna hükmettiği kararı incelemiştir.¹¹² AYM bu incelemeyi gerçekleştirirken tutuklama kararın verildiği andaki genel koşulları ve somut olayın koşullarını, sulh ceza hakimliğinin verdiği tutuklama kararın içeriği ile birlikte göz önüne almıştır.¹¹³ Bu bağlamda AYM, genel koşullar altında darbe teşebbüsünün kaçma imkanı ve delillere etki etme ihtimalini artırması dolayısıyla tutuklama nedenlerinin mevcut olduğu¹¹⁴ ve atılı suçun cezai ağırlığının kaçma şüphesine işaret ettiği üzerinde durmuştur.¹¹⁵ AYM'nin yaptığı inceleme, sulh ceza hakimliğinin tutuklama kararı ile beraber incelendiğinde sulh ceza hakimliğinin kararında dayandığı katalog suç belirlemesinin AYM tarafından incelenmediği görülmektedir. Bu tercihin ise sulh ceza hakimliğinin kararında başvurucuya atılı suçun (terör örgütüne üye olmaksızın bilerek ve isteyerek yardım etme), katalog suçlardan olduğuna dayanmasına rağmen¹¹⁶ aslında katalog suçlardan olmadığına dayandığı düşünülebilir. Ancak AYM'nin bu konuda hakimliğin kararındaki bu yanlış belirlemeye ilişkin sessiz kalması, tutuklama kararlarının irdelenmesindeki özen bakımından düşündürücüdür.

Atilla Taş başvurusunda ise AYM, başvurucunun silahlı terör örgütüne üye olmamakla beraber bilerek ve isteyerek yardım etme suçu sebebiyle verilen ilk tutuklama kararını inceleme konusu yapmıştır. Tutuklama kararında sulh ceza hakimliği, delil durumunu, delillerin tam olarak toplanmamış olmasını ve suçun niteliğine dayanarak tutuklama nedenlerinin olduğunu belirtmiştir.¹¹⁷ AYM ise tutuklama kararı verildiği andaki genel ve özel koşulları gözeteceğini belirterek,¹¹⁸ hakimliğin kararında başvurucuya atılı suçun katalog suçlardan olmasına, delillerin toplanmamış olmasına ve suçun niteliğine dayanılmasının tutuklama nedenlerinin varlığına işaret eden yeterli olgusal te-

¹¹² Mümtazer Türköne, § 19.

¹¹³ Mümtazer Türköne, § 69.

¹¹⁴ Mümtazer Türköne, § 68.

¹¹⁵ Mümtazer Türköne, § 67.

¹¹⁶ Mümtazer Türköne, § 19.

¹¹⁷ Atilla Taş, § 23.

¹¹⁸ Atilla Taş, § 91.

meller olduğuna kanaat getirmiştir.¹¹⁹ Bu aşamada dikkat çeken husus, bireysel başvuru kararında incelenen tutuklama kararındaki suçun, CMK md.100/3'te bahsi geçen tutuklama nedeni varsayılabilen suçlardan olmamasıdır. Zira sulh ceza hakimliğinin kararında da işlendiğine dair kuvvetli şüphe olan suçun terör örgütüne üye olmaksızın bilerek ve isteyerek yardım etme suçunun tutuklama nedeni varsayılabilen suçlardan olmasına dayanılmamıştır.¹²⁰ AYM'nin yaptığı değerlendirmede basit bir hataya düşmesi, sulh ceza hakimliğinin tutuklama kararının ne derece incelikle değerlendirildiğine dair bir şüphe uyandırmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin katalog suçlara ilişkin tutuklama kararlarında, tutuklama nedeninin varsayılabilmesi hususu yanı sıra referans aldığı çeşitli hususlar mevcuttur. AYM'nin dikkate aldığı bir unsur, tutuklama kararının verildiği genel koşullardır. Mahkeme genel koşullara örnek olarak darbe teşebbüsü sonrasında teşebbüs ile bağlantılı olan soruşturmaları ve doğrudan darbe teşebbüsü ile ilgili olmasa da paralel devlet yapılanması ile ilintili soruşturmalar bağlamında ilgili kişilerin kaçma ve delillere etki etme imkanlarının daha yüksek olmasını vermektedir.¹²¹ AYM aynı zamanda başvuruculara ilişkin özel koşulları da göz önünde bulundurmaktadır. Her ne kadar kararlarda geçen "somut olayın yukarıda belirtilen özel koşulları" ifadesinin hangi açıklamalara denk düştüğüne dair kesin bir atıf olmasa da değerlendirmenin yapısından, başvurucuların işlediğine dair kuvvetli şüphe olan suçlar için öngörülen yaptırımlara referans verildiği düşünülebilir.¹²² Mahkeme, başvurucunun işlediğine dair kuvvetli belirti bulunan suç için öngörülen cezayı ağır cezai yaptırım kategorisine sokması halinde, tutuklama nedenlerinden olan kaçma şüphesinin varlığına

¹¹⁹ Atilla Taş, § 91.

¹²⁰ Atilla Taş, § 23.

¹²¹ Örnek olarak bkz. Ahmet Şık, § 56; Ahmet Hüsrev Altan, § 108; Akın Atalay, § 64, Kenan Baş, § 66.

¹²² Kararlarda birbiri ile artarda olacak şekilde darbe teşebbüsüne ilişkin genel koşullardan bahsedilmekte, başvurucu atılı suç için öngörülen yaptırım değerlendirilmekte ve de tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar ve somut olayın yukarıda belirtilen özel koşullarının göz önüne alınması sonucunda nihai değerlendirmeye ulaşılmaktadır. Dolayısıyla suça bağlı ağır cezai yaptırımın, somut olayın özel koşulların çerçevesinde düşünülmesi mümkündür. Bu değerlendirme akışı için örnek olarak bkz. Mehmet Özdemir, §§ 86-89; Yakup Şimşek, §§ 74-78, Mehmet Murat Sabuncu, §§ 62-66.

işaret eden hususlardan birinin mevcut olduğu kanaatindedir.¹²³ Bu değerlendirmeyi referans aldığı kararlarda AYM, silahlı terör örgütüne üye olma suçu¹²⁴ bakımından başvuruculara verilebilecek cezaları ağır yaptırım kategorisine sokmaktadır.

Mahkeme aynı zamanda tutuklama kararında, başvurucular ile aynı statüde olan kişilerin kaçmış olmasının da kaçma şüphesi olarak yorumlanmasını eleştirmemektedir.¹²⁵ Halbuki Mahkeme'nin kendi içtihadı¹²⁶ -ki mahkeme bu içtihadı yine bir gazeteciye ilişkin olan *Ergün Poyraz* başvurusunda tekrarlamıştır.¹²⁷ bu kabulün karşısında durmaktadır. Masumiyet karinesinden yola çıkan AYM, aynı davada yargılanan sanıkların kaçması, kaçma şüphesinin olması ya da delillere müdahale etme girişiminde bulunmasının, diğer yargılananlar bakımından tutuklama nedenlerinin olduğunun varsayılması açısından sorunlu olduğunu ve böylesi bir kabulün, tutuklamanın istisnai ile bağdaşmadığını belirtmiştir.¹²⁸

AYM ayrıca, *Mehmet Baransu* (2) başvurusunda, sulh ceza hakimliğinin verdiği tutuklama kararına temel olan devletin güvenliğine ilişkin gizli belgeleri temin etme, devletin güvenliğine ilişkin belgeleri tahrip etme, amacı dışında kullanma, hile ile alma, çalma suçunun CMK md.100/3(a)-11'de belirtilen katalog suçlardan olmasına dayan-

¹²³ Örnek olarak bkz. Kenan Baş, § 67; Mehmet Özdemir, § 87; Emre Soncan, § 81.

¹²⁴ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma Madde 220- (1) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir. (2) Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır. (4) Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükümlenir. (5) Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır. (...)

¹²⁵ Tutuklama kararında aynı statüdeki kişilerin kaçmış olmasının başvuruca bağlamında kaçma şüphesi olarak kabul edilmesinin AYM tarafından değerlendirilmediği kararlara örnek olarak bkz. Ayşenur Parıldak, §§ 14, 61; Kenan Baş, §§ 14, 68; Bayram Kaya, §§ 16, 64; Mehmet Murat Sabuncu, §§ 15, 66; Mustafa Ünal, §§ 17, 71.

¹²⁶ Mustafa Ali Balbay B.No: 2012/1272, 04.12.2013, § 117 [Mustafa Ali Balbay].

¹²⁷ Ergün Poyraz B.No: 2013/2809, 26.02.2015, § 65 [Ergün Poyraz].

¹²⁸ Mustafa Ali Balbay, § 117; Ergün Poyraz, § 65.

maması¹²⁹ dolayısıyla incelemelerinde bu hususu dikkate almamış ve kendisi gündeme de getirmemiştir.¹³⁰ Mahkeme yalnızca tutuklama nedenlerinin gösterilip gösterilmediğine ilişkin bir inceleme gerçekleştirmiş ve tutuklama nedenlerinin bulunmadığına dair bir belirlemenin yapılamayacağına kanaat getirmiştir.¹³¹ Bu kararda katalog suç mevcudiyetinin dikkate alınmamasının sebebinin, bu hususun sulh ceza hâkimliği tarafından tutuklama kararında değinilmemiş olması söylenebilir. Zira aynı suç bağlamında tutukluluk halinin devamının incelendiği *Mehmet Baransu (3)* başvurusunda AYM, hakimliğin tutukluluğun devamına ilişkin kararda atılı suçun katalog suçlardan olmasına yaptığı göndermeyi dikkate almış ve kendi de değerlendirmesinde bu unsuru kullanmıştır.¹³² Bu bağlamda AYM'nin kendini yetkili merciin verdiği tutuklama kararında bahsedilen unsurlar ile sınırladığı açıkça görülmektedir. *Mehmet Baransu (2)* kararında ise bu tercih, tutuklama kararının yalnızca katalog suçun mevcudiyetine dayanılarak incelenmemesi yönünde olumlu bir sonuç doğurmuştur.

AYM'nin tutuklama nedeni varsayılabilen suçlar bakımından yukarıdaki değerlendirmeleri yapıyor olması ve somut olayın özelliklerini dikkate alarak, doğrudan katalog suç olması dolayısıyla, tutuklama nedeninin varsayılabacağı gibi bir yorum getirmemesi olumlu olarak değerlendirilebilir. Ancak bu değerlendirmelerin İHAM'ın yukarıda bahsedilen *Buzadji* kararı ışığında da incelenmesini gerekmektedir.¹³³ Zira İHAM, makul şüphenin tutuklama kararı için yeterli görüldüğü ülkelerin düzenlemelerini gözden geçirmiş¹³⁴ ve tutuklama kararı verilirken makul şüphenin yanı sıra, tutuklama nedenlerinin varlığının da gösterilmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹³⁵ Bu açıdan bakıldığında, tutuklama kararında yalnızca katalog suç söz konusu olmasına dayanılmaması ilk bakışta oldukça yerinde gözükmektedir. Ancak bu noktada, katalog suç mevcudiyeti yanı sıra dayanılan unsurlar da gözden geçirilmelidir.

¹²⁹ Mehmet Baransu (2), § 41.

¹³⁰ Mehmet Baransu (2), §§ 137-141.

¹³¹ Mehmet Baransu (2), § 141.

¹³² Mehmet Baransu (3) B.No: 2016/11380, 26.12.2018, § 55 [Mehmet Baransu (3)].

¹³³ *Buzadji v Republic of Moldova* [GC] App no 23755/07 (ECHR, 5 July 2016) [*Buzadji v Moldova*].

¹³⁴ *Buzadji v Moldova*, § 52.

¹³⁵ *Buzadji v Moldova*, § 102.

Tutuklama kararlarında katalog suç olması yanı sıra, tutuklamanın gerçekleştiği genel koşullara, başvurudaki özel koşullara, atılı katalog suçun gerektirdiği cezai yaptırımın ağırlığına ve başvuru ile aynı statüdeki kişilerin tutuklama nedenlerinin varlığına ilişkin şüphenin yoğunluğuna bakılmaktadır. Katalog suç olmasına yapılan referans, *Buzadji* kararı ışığında bir anlam ifade etmeyeceğinden bu bahsedilen koşullar bağlamında tutuklama nedenlerinin mevcudiyeti somut delillerle ortaya konulmalıdır.

Bu bağlamda atılı “katalog” suçun, ağır cezai yaptırımlar gereken suçlardan olduğuna işaret edilmesi,¹³⁶ gerçekte tutuklama nedeninin varlığını gösteren tek unsurdur ve İHAM içtihatları¹³⁷ uyarınca buna dayanılarak verilen tutuklama kararları hukuki olma niteliğini haiz olamayacaktır. Her ne kadar AYM, bazı bireysel başvuru kararlarında¹³⁸ İHAM içtihatları ile paralel olarak kanunun tutuklamaya ilişkin karine öngördüğü durumlarda dâhi özgürlük ve güvenlik hakkına yapılacak müdahaleyi gerekli kılan, nesnel bir gözlemciyi ikna edebilecek nitelikte somut olguların varlığının gösterilmesi gerektiğini belirtmiş olsa da gazetecilere ilişkin bireysel başvuru kararlarında bu yönde bir değerlendirme çok nadir görülmektedir.

Yine benzer bir yorumla, katalog suçlara dayanan tutuklama kararları verilirken mevcut genel koşulların kişi üzerindeki etkisi somutlaştırılmadan tutuklama nedenlerinin mevcut olduğuna işaret edilmesi¹³⁹ de İHAM’ın *Buzadji* kararında mevcut tutuklama kararının gerekçelendirilmesi eşiğini geçemeyecektir. Tutuklama kararındaki bu eksikliğin AYM değerlendirmelerinde dikkate alınmaması,¹⁴⁰ İHAM’ın bahsedilen içtihadı ile ters düşmektedir. Halbuki, Anayasa’nın 90. maddesi gereği, temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmaların kanun-

¹³⁶ Örgüt hiyerarşisine dahil olmamakla birlikte örgüt adına faaliyette bulunma suçu açısından örnek olarak bkz. Akın Atalay, § 63, Önder Çelik ve Diğerleri, § 64; terör örgütüne üyelik suçuna örnek olarak bkz. Bayram Kaya, § 59, Aziz Mahmut İsteğin, § 64.

¹³⁷ Ilijkov v Bulgaria App no 33977/96 (ECHR, 26 July 2001), § 84; Contrada v Italy App no 27143/95 (ECHR, 24 August 1998), §§ 58-65; Galip Doğru v Turkey App no 36001/06 (ECHR, 28 April 2015), § 58.

¹³⁸ Engin Demir B.No: 2013/2947, 17.12.2015, RG 12.02.2016/29622, § 66; Erdem Gül ve Can Dünder, § 67.

¹³⁹ Örnek olarak bkz. Akın Atalay, §§ 63-64; Yakup Şimsek, §§ 77-78; Atilla Taş, §§ 90-91.

¹⁴⁰ Örnek olarak bkz. Mehmet Murat Sabuncu, §§ 15, 66; Ali Ahmet Böken, §§ 14, 59.

lara kıyasen önceliği vardır ve bu kapsamda İHAS ve İHAM içtihadının yargı mercilerince, AYM de dahil olmak üzere, karar verilirken dikkate alınması gerekir.¹⁴¹

Aynı şekilde, tutuklama kararında aynı statüdeki kişilerin kaçmış olmasına yapılan atıf, başvurunun özelinde tutuklama nedenlerinden olan kaçma şüphesi oluşturduğuna dair yorum somutlaştırılmış olmaktan uzaktır ve kişi odaklı bir açıklama olmadığından tutuklamaya gerekçe teşkil etmemelidir.¹⁴² Dolayısıyla AYM'nin tutukluluğun hukukiliği incelemesi sırasında bu noktaya değinmemesi ve de genel koşullar altında kaçma şüphesi olarak değerlendirmesi¹⁴³ sorunludur. Dolayısıyla tutuklama nedenlerinden olan kaçma şüphesi ve delillere etki etme şüphesinin yalnızca genel koşullara ve başvurunun statü benzerliğine atıf olarak değil; aynı zamanda tutuklama kararında başvuru özelinde işaret edilmesi gerekmektedir.

Katalog suç mevcudiyetine ek olarak ortaya konan tutuklama nedenleri dışında, tutuklama kararında yalnızca kişinin işlediğine dair kuvvetli belirti bulunan katalog suçun mevcudiyetine dayanılması da *Buzadji* kararına göre yeterli olmayacağından AYM tarafından özellikle değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda AYM'nin *Abdullah Kılıç* başvurusuna konu edilen tutuklama kararında yalnızca katalog suça dayanılmasını eleştirmemesi oldukça sorunludur. AYM'nin bu hususu değerlendirme eksikliğinin yanı sıra, tutuklama nedenlerinin somut olayda mevcut olabileceğini kendi kararında göstermiş olması¹⁴⁴ da tutuklama kararını verildiği anda sakat olduğu gerçeğini değiştirmeyecek, AYM'yi adeta hukuksuzluğu örtme işlevini yüklenmiş bir yargı organı görünümü verecektir.

III. Gazetecilerin Yaptığı Bireysel Başvurular Kapsamında Tutuklama Tedbirinin Ölçülülüğü

Ceza muhakemesi işlemleri, hukuk devleti ilkesi gereği ölçülü olmalı ve tedbirin uygulandığı kişiye gerektiğinden daha fazla ölçüde

¹⁴¹ AYM'nin 90. maddesinin son fıkrasını bir zımni ilga kuralı olarak kabul ettiği yerleşik içtihatları için örnek olarak bkz. Sevim Akat Ekşi B.No: 2013/2187, 19.12.2013 § 44; Gülsim Genç B.No: 2012/4439, 06.03.2014, § 39; Neşe Aslanbay Akbıyık B.No: 2014/5836, 16.04.2015, RG 11.07.2015/29413, § 44.

¹⁴² Aynı yönde AYM kararı için bkz. Ergün Poyraz, § 65.

¹⁴³ Örnek olarak bkz. Ahmet Şık, §§ 56-57; Akın Atalay, §§ 65-66; Kenan Baş, §§ 67-68.

¹⁴⁴ Abdullah Kılıç, §§ 31, 69.

muhakeme işlemlerine katlanma yükümlülüğü yüklenmemelidir.¹⁴⁵ Ölçülülük, her ne kadar tüm koruma tedbirleri için mevcut olması gereken bir kıstas olsa da kanun koyucu, hem tutuklama nedenlerine (md.100) hem de tutuklama kararına ilişkin maddede (md.101) tutukluluk kararının ölçülü olması zorunluluğunu açıkça belirterek bu önemi yeniden vurgulamıştır. Ölçülü olma gerekliliği, yalnızca ilk tutuklama kararı bakımından değil, tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlar bakımından da söz konusudur.

Eğer tutuklama tedbiri ile ulaşılmak istenen amaca, kişi özgürlüğü ve güvenliğine daha az müdahale edecek bir tedbirle ulaşılabilecek ise tutuklama tercih edilemeyecektir.¹⁴⁶ Öğretide, tutuklama yasağı olarak da yorumlanan¹⁴⁷ CMK'nın 101/2 hükmü, tutuklama kararının içeriğine ilişkin düzenlemesinde, adli kontrol uygulamasının neden yetersiz kalacağını da belirtilmesi gerekliliğini getirmiştir.

AYM de, İHAM içtihadı doğrultusunda,¹⁴⁸ masumiyet karinesi ışığında özgürlük ve güvenlik hakkının tutuklama tedbiri ile sınırlandırılması için, hakka ağır basan bir kamusal yararın olması gerektiği kanaatindedir.¹⁴⁹ Dolayısıyla, somut olayda tutuklama kararlarının ölçülü olarak kabul edilebilmesi için kuvvetli suç şüphesi ve muhakemenin işleyişini tehlikeye sokacak bir tutuklama nedeninin olmasına

¹⁴⁵ Z. Özen İnci, "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırı Hakkında Düşünceler", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 7, S. 2, s. 125.

¹⁴⁶ Centel, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım", s. 56.

¹⁴⁷ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019, s. 362; Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-1*, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 302; Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin Filiz Saygılar Kırıt/Esra Alan Akcan/Özdem Özaydın/ Efser Erden Tütüncü/Derya Altınok Villenmin/Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (Editör Bahri Öztürk), 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 470. Ölçülülük ilkesinin, tutuklama yasaklarına yansıdığı özel uygulama ise "[a]dli ş cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlar" (CMK, md.100/4) ve "On beş yaşını doldurmuş çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı" (Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG 15.07.2005/25876, md.21) karşımıza çıkmaktadır.

¹⁴⁸ Labita v Italy (2008) 46 EHRR 1228, § 119.

¹⁴⁹ Murat Narman B.No: 2012/1137, 02.07.2013, § 61 [Murat Narman].

ek olarak, muhakemenin işleyişini tehlikeye düşürebilecek koşulların, tutuklamadan daha az müdahaleci bir koruma tedbiri ile bertaraf edilememesi gerekmektedir.

Bireysel başvuru kararlarında AYM, elverişliliği, öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması; gerekliliği, müdahalenin ulaşılmak istenen amaç için zorunlu olması; orantılılığı ise yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengeyi ifade etmek için kullanmaktadır.¹⁵⁰ Tutukluluk hali devam ettikçe müdahalenin meşru amacının zayıflayacağını ifade eden Mahkeme, kişi hak ve özgürlüğüne daha az müdahalede bulunan koruma tedbirlerinin tercih edilmemesinin gerekçeleriyle açıklanması gerektiğinin altını çizmektedir.¹⁵¹

İHAM'ın yerleşik içtihadı da tutuklamanın hukukiliği değerlendirmesi kapsamında, bu tedbirin ölçülülük ilkesine gönderme yapmaktadır. Ölçülülük ilkesini keyfilik yasağı ile ilintili olarak değerlendiren Mahkeme,¹⁵² tutuklama tedbirinin ulaşılmak istenen amaçla ölçülü olması gerektiğini vurgulamaktadır.¹⁵³ İzlenen amaca ulaşmak için tutuklama tedbirinin gerekli olduğunu ispat yükü kamusal makamlara düşmektedir.¹⁵⁴ Tutuklamanın izlenen amaç için gerekli olduğu gösterilirken, özgürlük ve güvenlik hakkına daha az müdahale eden tedbirlerin yetersiz kalacağı gösterilmelidir.¹⁵⁵

Anayasa Mahkemesi'nin gazeteciler hakkında verdiği kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin kararların konusu olan tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığına ilişkin değerlendirmede ilk dikkat edilen unsurlardan biri, gazetecilere uygulanan tutuklama tedbirinin gazetecilik faaliyetleriyle ilgili somut olgulara dayanıp dayanmadığı-

¹⁵⁰ Mehmet Akdoğan ve Diğerleri B.No: 2013/817, 19.12.2013, § 38.

¹⁵¹ Mehmet Baransu Başvurusu (3), § 49.

¹⁵² Chahal v United Kingdom [GC] (1996) 23 EHRR 413, § 118; Witold Litwa v Poland (2001) 33 EHRR 1267, § 78.

¹⁵³ Ladent v Poland App no 11036/03 (ECHR 18 March 2008), § 55 [Ladent v Poland]; Ambruszkiewicz v Poland App no 38797/03 (ECHR, 4 May 2006), § 31-33 [Ambruszkiewicz v Poland].

¹⁵⁴ Vasiliciuc v Moldova App no 15944/11 (ECHR, 2 May 2017), § 40.

¹⁵⁵ Ambruszkiewicz v Poland, § 3; Ladent v Poland, § 55; Khayredinov v Ukraine App no 38717/04 (ECHR 14 October 2010), § 27; Korneykova v Ukraine App no 39884/05 (ECHR, 19 January 2012), §§ 34, 43; Strogan v Ukraina App no 30198/11 (ECHR, 6 October 2016), § 86; S., V. and A. v. Denmark [GC] App no.s 35553/12, 36678/12, 36711/12 (ECHR, 22 October 2018), § 77.

dır. Eğer tutuklama kararının gerekçelerinde gazetecilik faaliyetlerinin tutuklamanın temeli olarak belirtilmesi söz konusu ise özgürlük ve güvenlik hakkına yapılan müdahale, ifade ve basın özgürlüklerinin de sınırlanması sonucunu doğuracaktır.¹⁵⁶ AYM'nin, tutuklamanın gazetecilik faaliyetleri dolayısıyla gerçekleşmesi halinde, dikkat ettiği diğer hususlar ise tutuklamaya temel haberin daha önce herhangi bir medya platformuna yayınlanıp yayınlanmadığı ve yayımlanan haber ile tutuklama tedbirinin gerçekleşme anı arasında geçen süredir.¹⁵⁷

Erdem Gül ve Can Dündar başvurusunda AYM, yayımladıkları haberler dolayısıyla tutuklanan gazetecilerin tutuklanmalarına sebep olan haberin yaklaşık on altı ay önce başka bir gazetede yayımlanmış olmasına ve de tutuklamaya konu haber üzerine başlatılan soruşturmada altı ay süresince hiçbir işlem yapılmamış olmasına rağmen gazetecilerin ifadeye çağırıldıkları gün tutuklanmış olmalarına dikkat çekmiş ve tutuklama tedbirinin gereklilik koşulunu sağlamadığına kanaat getirmiştir.¹⁵⁸ Yine bir gazetecinin başvuru olduğu *Mehmet Baransu* (2) kararında ise mahkeme, tutuklama sebebinin gazetecilik faaliyetlerinden değil, tutuklamaya konu belgelerin niteliği olduğuna kanaat getirmiş ve bundan olarak yapılan müdahalenin gerekli olmadığına işaret eden bir verinin olmadığını belirtmiştir.¹⁵⁹

AYM, *Eren Erdem* kararında *Erdem Gül ve Can Dündar* kararına benzer bir şekilde, tutuklama kararının verildiği anı, tutuklamanın ölçülülüğü değerlendirilmesinde dikkate almaktadır. Bu kararda Mahkeme, tutuklama kararının soruşturmaya devam edilmesine karar verildiği tarihten yaklaşık iki yıl sonra verilmiş olmasını, soruşturma aşamasında mevcut olan deliller dışında yeni bir somut vakıa tespitinin olmaması ve bu süreçte hakkında hiçbir adli kontrol tedbiri uygulanmamasını, tutuklama tedbirinin ölçülülüğü çerçevesinde değerlendirmiş ve tutuklamanın gerekli olmadığına hükmetmiştir.¹⁶⁰

Anayasa Mahkemesi'nin gazetecilere ilişkin kararlarında dikkate aldığı bir diğer nokta, tutuklama tedbirinin alternatiflerinin uygulan-

¹⁵⁶ Erdem Gül ve Can Dündar, § 92.

¹⁵⁷ Erdem Gül ve Can Dündar, § 80.

¹⁵⁸ Erdem Gül ve Can Dündar, § 81.

¹⁵⁹ Mehmet Baransu (2), § 141.

¹⁶⁰ Eren Erdem, § 176.

mamasına ilişkin gerekçelerin yeterli olup olmadığıdır. Mahkeme, tutuklama tedbirinin uygulanmasının altında yatan meşru amaç ile başvurucunun özgürlük ve güvenlik hakkını bir tartıma tabi tutmaktadır. *Ergün Poyraz* kararında, tutukluluktan beklenen kamu yararı ile özgürlük ve güvenlik hakkını karşılıklı olarak değerlendirilmiş ve özgürlük ve güvenlik hakkına tutuklama tedbirinden daha az müdahalede bulunacak olan adli kontrol tedbirinin yeterli biçimde dikkate alınmaması sonucu iki menfaat arasında bir denge kurulmadığına kanaat getirilmiştir.¹⁶¹ Kararda tutukluluğun devamına karar verilirken çatışan menfaatlerin dengelenememesi, bir başka deyişle adli kontrol tedbirinin göz ardı edilmesi, dolayısıyla tutuklulukta geçen sürenin makul olmadığı sonucuna varılmıştır.¹⁶² Zira tutuklulukta geçen süre arttıkça, ilgili kişinin özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin menfaati değerlendirilmeden, tutukluluğa ilişkin gerekçelendirme derinleştirilmelidir.¹⁶³

Gazeteci başvurularında diğer bir dikkat çeken ölçülülük incelemesi ise daha önceden verilen bir tutuklama kararının dayandığı somut olguların, tahliye edildikten sonra başka bir suçtan tutuklanan gazeteci başvuruları dolayısıyla yapılmaktadır. Bu bağlamda AYM tutuklama kararında, temelde aynı olgulara dayanılarak başlatılan ikinci soruşturmada tutukluluğun neden gerekli olduğuna yeterli bir değerlendirme aramakta ya da somut olayın özelliklerinden anlaşılmasını beklemektedir.¹⁶⁴

AYM, teröre ilişkin suçların soruşturulması açısından daha farklı bir yöntem izlemektedir. Tutuklamaya temel olan suç isnadının terör ile ilişkili olması durumunda Mahkeme, somut olayın tüm özelliklerini dikkate alacağını belirtmekte ve terör suçlarının soruşturulması aşamasında kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, kamusal otoritelerin suç ile mücadelesini etkisiz hale getirecek şekilde yorumlanmaması gerektiğini vurgulamaktadır.¹⁶⁵ Mahkeme gazetecilerin başvurucu olup bu noktayı vurguladığı her kararda, somut olayın özellikleri,

¹⁶¹ Ergün Poyraz, § 66.

¹⁶² Ergün Poyraz, § 66.

¹⁶³ Feridun Yenisey, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi : Tutuklama", *Anayasa Yargısı*, 2016, C. 33, s. 227.

¹⁶⁴ Abdullah Kılıç, § 84; Cihan Acar, § 75; Yetkin Yıldız, § 69.

¹⁶⁵ Devran Duran B.No: 2014/10405, 25.05.2017, RG 20.07.2017/30129, § 64, Süleyman Bağrıyanık ve Diğerleri B.No: 2015/9756, 16.11.2016, RG 22.12.2016/29926, § 214 [Süleyman Bağrıyanık ve Diğerleri].

yaptırımın ağırlığı, işin niteliği ve önemi ışığında tutuklama kararının ölçülü olduğuna kanaat getirmiştir.¹⁶⁶ AYM suç ile mücadeleyle ilişkin bu değerlendirmesini, İHAM'ın *Dinç ve Çakır/Türkiye* kararına dayanıyor¹⁶⁷ olsa da atıf yapılan bu kararda, özgürlük ve güvenlik hakkına yapılacak müdahalenin her hâlükârda meşru bir amaç gütmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁶⁸ Dolayısıyla bu önermenin özgürlük ve güvenlik hakkına, İHAM'ın makul gördüğü ölçünün ötesinde müdahale etmemesi için tutuklamanın ön koşulu olan makul şüphenin ve kanunda yazan tutuklama nedenlerinin gerçekleştiğinin somut olgularla desteklenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda AYM'nin *Dinç ve Çakır/Türkiye* davasına atıfla genel koşulların üzerinde durması yetmemekte; tutuklama kararının kuvvetli şüpheye ve tutuklama nedenlerinin somut olgulara dayanıp dayanmadığını incelemesi gerekmektedir.

IV. Gazetecilerin Bireysel Başvurularında Tutukluluk Süresi

Tutuklama, ceza muhakemesinin sağlıklı işleyebilmesi için alınan bir koruma tedbiridir ve dolayısıyla geçicidir. Tutuklamanın amacına uygun kullanılması ise tutuklanan kişinin yargılamasının makul kabul edilebilecek bir süre içinde sonlandırılması ile ilişkilidir.¹⁶⁹ Anayasa'nın 19. maddesinin 7.fıkrası da ilk cümlesiyle tutuklanan kişilerin makul sürede yargılanma hakkını anayasal güvenceye almaktadır: “[t]utuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır”. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda makul sürenin ne olduğu tanımlanmamakla birlikte, 102. maddede tutukluluğun, isnat edilen suçun görev alanına girdiği mahkemelere göre, azami süreleri belirtilmiştir. Ancak bu süreler kanunun öngördüğü azami süreler olduğundan tutukluluğun belirtilen süreler dahilinde kalması, doğrudan tutuklulukta geçen sürenin makul olduğu anlamına gelmeyecektir.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Önder Çelik ve Diğerleri, § 69; Mehmet Özdemir, § 92; Tunca İlker Öğreten, § 52; Emre Soncan, § 86; Mümtazer Türköne, § 72; Ayşe Nazlı Ilıcak, § 74; Fevzi Yazıcı, § 60; Hanım Büşra Erdal, § 93; Akın Atalay, § 68; Ahmet Hüsrev Altan, § 112; Yakup Şimşek, § 81; Kenan Baş, § 70; Ahmet Şık, § 60; Mehmet Murat Sabuncu, § 69; Abdullah Kılıç, § 70; Atilla Taş, § 93.

¹⁶⁷ Süleyman Bağrıyanık ve Diğerleri, § 214; Ergün Poyraz, § 57.

¹⁶⁸ *Dinç and Çakır v Turkey* App no 66066/99 (ECHR 9 July 2013), § 46.

¹⁶⁹ Centel/Zafer, s. 420.

¹⁷⁰ Centel/Zafer, s. 420.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında tutukluluk süresinin makullüğünü değerlendirirken makul süre hesabını, eğer kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı doğrudan tutuklama tedbiri ile kısıtlanmışsa tutuklama anından, eğer müdahale yakalama ile başlamış ise bu andan başlatmaktadır. Sona erme anı ise, İHAM'ın içtihadı ile paralel olacak şekilde ilk derece mahkemesinin verdiği mahkûmiyet kararı yahut salıverilme anı olarak kabul edilmektedir.¹⁷¹

AYM, birden fazla atılı suç dolayısıyla tutuklanan bireylerin tutuklulukta geçen sürenin tüm suçlar bağlamında dikkate alınması gerektiği ve tutuklulukta azami süreyi düzenleyen CMK'nın 102. maddesinde en yüksek azami süre olarak öngörülen 5 yılın aşılamayacağına karar vermiştir.¹⁷² Aynı zamanda Mahkeme, azami süre ile makul süre kavramlarını ilintili yorumlamamaktadır. AYM bu bağlamda, isnat edilen suça ilişkin azami süre dolmadan da tutukluluğa ilişkin makul sürenin aşılp aşılmadığını değerlendirmektedir.¹⁷³ Tutukluluk halinde geçen sürenin makul olup olmadığı incelenirken tutuklamanın gerekçeleri üzerinden inceleme yapılıyor olması, kararlarda ilgili ve yeterli gerekçe bulunması zorunluluğunun önemini de göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi, tutuklanan kişilerin serbest bırakılma talebi ya da resen yapılan tutukluluk incelemeleri sonucunda verilen tutuklamanın devamı kararlarında, AY md.19/7 uyarınca tutuklamanın devamını gerektiren meşru nedenlerin somut olgular ile açıklanması gerektiğinin altını çizmektedir. Kişi özgürlüğü ve güvenliğinin sınırlandığı durumlarda AYM, bu sürenin süratli bir biçimde sonlandırılması için kamusal makamların özen yükümlülüğünün olduğunu belirtmektedir.¹⁷⁴ Bu özen yükümlülüğü kapsamında Mahkeme, tutuklamanın ön şartı olan suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin mevcudiyetinin tutukluluk süresi boyunca söz konusu olup olmadığının incelenmesini, tutukluluğun devamı kararlarında kuvvetli belirtinin somut olgularla açıklanmasını, tutuklama nedenlerinin tutukluluk halinin devamına

¹⁷¹ İHAM içtihadında tutuklulukta geçen sürenin hesabında ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararından sonra kanun yolunda geçen sürenin katılmıyor olması, Mahkeme'nin Madde 5/1-a'da yer alan "mahkûmiyet hükmü" ifadesini, Türk hukuk sisteminden farklı yorumlamasıdır. Bu konuda bkz. Sınar, s. 335-336.

¹⁷² Murat Narman, § 49.

¹⁷³ Mustafa Ali Balbay, § 103-119; Faysal Sarıyıldız B.No: 2014/9, 03.01.2014, §§ 40-60.

¹⁷⁴ Halas Aslan B.No: 2014/4994, 16.02.2017, §§ 70-71 [Halas Aslan].

dair kararlarda somutlaştırmasının gerekli olduğunu, tutuklama ve tutuklamanın devamı kararlarındaki gerekçelerin kuvvetli şüpheyi, tutuklama nedenlerini ve tutuklamanın ölçülü olduğunu gösterecek düzeyde ilgili ve yeterli olmasını değerlendirmektedir.¹⁷⁵ Bu bağlamda, davanın genel durumu yanı sıra, tahliye talep eden kişinin özel koşulları da dikkate alınmalıdır.¹⁷⁶

AYM, yukarıda belirtilen ilkelerin gazetecilere ilişkin bireysel başvuru içtihatlarına uygulanması sırasında öncelikle tutukluluk süresini belirlemektedir.¹⁷⁷ Devamında ise Mahkeme, özgürlük ve güvenlik hakkına ciddi bir müdahalenin hüküm sürdüğü bu süreci, tutukluluğun devamını gerektirecek nitelikte ilgili ve yeterli gerekçe olup olmadığını incelemektedir.¹⁷⁸ Bu inceleme kapsamında tutuklama kararının verildiği genel koşullar dikkate alınmakta ve kararlarda gösterilen gerekçeler, genel koşulların ışığında değerlendirilmektedir.¹⁷⁹ Ayriyeten, devam eden soruşturmanın özel koşulları ve bu özel koşulların delillerin toplanmasına etkisi de dikkate alınmaktadır.¹⁸⁰ Başvurucuya ilişkin özel koşulların değerlendirilmesine ek olarak, uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığı ve başka koruma tedbirinin uygulama alanı bulma ihtimali de incelenmektedir.¹⁸¹

Ancak AYM belirli hallerde yukarıda belirtilen unsurların değerlendirilmesi için CMK md.141'de yer alan maddi ve manevi zarara yönelik tazminat isteminde bulunulmasını aramaktadır. CMK md.141'e gitme zorunluluğu iki koldan düşünülebilir: tutukluluk sürecinin tahliye, mahkûmiyet ya da beraat gibi kararlar ile sonlanmış olması hâli ve tutukluluğun devam ediyor olması hâli. İlk durum bakımından tutukluluk sürecinin kesin olarak sona ermesi halinde tutukluluğa itiraz söz konusu olamayacağından sadece tazminat istenebilecektir.¹⁸² Dola-

¹⁷⁵ Halas Aslan, §§ 82-83.

¹⁷⁶ Ergün Poyraz, § 64.

¹⁷⁷ Mehmet Baransu (3), § 53; Gültekin Avcı, § 175; Ergün Poyraz, § 63.

¹⁷⁸ Gültekin Avcı, § 183, Mehmet Baransu (3), § 64, Ergün Poyraz, § 65.

¹⁷⁹ Gültekin Avcı, §§ 179-180, Mehmet Baransu (3), §§ 56-57.

¹⁸⁰ Mehmet Baransu (3), §§ 62-63; Gültekin Avcı, § 182.

¹⁸¹ Ergün Poyraz, § 66. Bu kararda AYM, başvuru lehine tutuklama yerine adli kontrol tedbirinin uygulanmasına olanak sağlayan kanun değişikliğinin uygulanmaması dolayısıyla özgürlük ve güvenlik hakkı ile muhakeme sürecinin sağlıklı işlemesi arasındaki dengenin ölçülü biçimde kurulamadığı gerekçesiyle tutuklu kalınan sürenin makul olmadığına karar vermiştir.

¹⁸² Genel olarak bkz. Hamit Kaya B.No: 2012/338, 02.07.2013, § 46 [Hamit Kaya]. Bu yorumun, mahkûmiyet kararı sonrasında sadece tazminat talep edilmesinin

yısıyla tazminatın istenebileceğine ilişkin CMK md.141’de öngörülen başvuru yolu, AYM’ye bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmesi gereken zorunlu bir başvuru yoludur. Ancak AYM somut olayı değerlendiren CMK md.141 uyarınca tazminat isteminde bulunulabilmesi için md.142’de otuz gün olarak belirlenen dava açma süresinin geçip geçmediğini de dikkate almaktadır. Eğer otuz günlük süre geçmişse, tüketilecek bir başvuru yolu olmadığından bu bağlamda kabul edilemezlik kararı verilmemektedir.¹⁸³

Tutuklamanın devam ediyor olmasına ilişkin ikinci durum bakımından ise AYM, ilk kararlarında, CMK 141’de geçen tazminat istemine ilişkin yolun tutuklamanın kanuni dayanağının kalmadığı ve makul sürenin aşıldığına dair şikayetler bakımından etkili bir başvuru yolu olduğuna kanaat getirebileceği bir uygulama olmadığını belirtmiştir.¹⁸⁴ Ancak AYM sonraki kararlarında içtihadını değiştirerek uzun tutukluluk süresi iddiaları bakımından her muhakeme aşamasında dava sonucunu beklemeye gerek kalmadan CMK md.141’i tüketilmesi gereken bir başvuru yolu olarak kabul etmiştir.¹⁸⁵ AYM’nin bu içtihat de-

mümkün olduğuna dair AYM bireysel başvuru kararı için bkz. Atilla Taş, § 117; Ahmet Kubilay Tezcan B.No: 2014/3473, 25.01.2018, § 36; Ayşe Nazlı Ilıcak, § 84; tahliye bakımından mümkün olduğuna dair kararlara örnek olarak bkz. Cihat Ünal B.No: 2016/77795, 28.11.2018, § 85; Mehmet Özdemir, § 99; Abdullah Çetin ve Diğerleri B.No: 2014/2524, 17.07.2018, § 27.

¹⁸³ Emre Soncan, § 46

¹⁸⁴ Hamit Kaya, § 32.

¹⁸⁵ AYM’nin tutukluluğun kanunda öngörülen azami veya makul süreyi aşması halinde söz konusu olan içtihat değişikliğini açıkladığı bireysel başvuru kararı için İrfan Gerçek B.No: 2014/6500, 29.9.2016, RG 20.10.2016/29863, §§ 35-35. İchtihat değişikliğini tetikleyen Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 12 CD, E. 2014/15450 K. 2015/4363, 09.03.2015 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2014-15450-k-2015-4363-t-9-3-2015>> Erişim Tarihi 02.09.2021; Yargıtay 12. CD, E. 2014/23346 K. 2015/10032, 08.06.2015 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2014-23346-k-2015-10032-t-8-6-2015>> Erişim Tarihi 02.09.2021; Yargıtay 12. CD, E. 2014/6167 K. 2015/10867, 16.06.2015 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2014-6167-k-2015-10867-t-16-6-2015>> Erişim Tarihi 02.09.2021; Yargıtay 12. CD, E. 2014/22510 K. 2015/13907, 28.09.2015 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2014-22510-k-2015-13907-t-28-9-2015>> Erişim Tarihi 02.09.2021; Yargıtay 12. CD, E. 2015/201 K. 2015/13994, 29.09.2015 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2015-201-k-2015-13994-t-29-9-2015>> Erişim Tarihi 02.09.2021; Yargıtay 12. CD, E. 2014/19906 K. 2015/19237, 14.12.2015 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2014-19906-k-2015-19237-t-14-12-2015>> Erişim Tarihi 02.09.2021; Yargıtay 12. CD, E. 2015/2851 K. 2016/3143, 29.02.2016 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2015-2851-k-2016-3143-t-29-2-2016>>

ğişikliği, İHAM'ın uzun tutukluluk hallerine ilişkin iddiaların tutukluluk hali devam ederken de CMK md.141 uyarınca yargıya taşınması gerektiğini işaret ettiği kararı ile uyumluluk içindedir.¹⁸⁶

Ancak AYM, yine gazeteciliğe ilişkin *Mehmet Baransu (3)* ve *Gültekin Avcı* kararlarında, başvurucuların AYM karar verildiği ana kadar geçen tutukluluk süresini,¹⁸⁷ CMK md.141'e atf yapmadan denetlemiştir. Tutuklama sürelerini meşru gösterecek ilgili ve yeterli gerekçelerin tutukluluğun devamı kararlarında yer aldığını ve özen yükümlülüğünün kamusal makamlarca yerine getirildiğine karar verilmiştir.¹⁸⁸ *Mehmet Baransu (3)* kararında başvurucunun iddialarından biri, tutukluluğun matbu gerekçelerle makul süreyi aşmış olması, Gültekin Avcı kararında da yetersiz gerekçelerle sürdürülen tutukluluğun makul süreyi aşmış olmasıdır. İki kararda da tutuklamanın AYM kararı verilirken devam etmesi söz konusudur. Tutukluluğun makul süreyi aşması iddiasının, iki kararda AYM tarafından kabul edilemez bulunması yerine içeriğinin incelenerek tutukluluk kararının makul ve yeterli gerekçelere dayandığına kanaat getirilmesi oldukça ilginçtir ve önceki içtihat değişikliğini de yansıtmamaktadır. Ancak bu noktada bu iki kararın bir ortak özelliği olduğu görülmektedir: iki bireysel başvuruda da Bakanlık, CMK md.141 uyarınca başvuru yollarının tüketilmediği itirazını sunmamıştır.¹⁸⁹ Bu değerlendirme ışığında, CMK md.141'de yer alan başvuru yolunun tüketilmediğine ilişkin itirazın kamusal otoritelerce sunulmadığı takdirde, resen göz önüne alınmayacağı sonucuna varılabilir. İHAM da *Galip Doğru/Türkiye* kararında Türkiye Hükümeti'nin CMK md.141'deki başvuru yollarının tüketilmediğine ilişkin bir itirazda bulunmamış olması dolayısıyla başvuruyu, md.141 uyarınca tazminat isteminde bulunulmamış olmasına rağmen, esastan incelemiştir.¹⁹⁰

Erişim tarihi 02.09.2021.

¹⁸⁶ Yıldız v Turkey App no 42745/09 (ECHR, 11 October 2016), § 27.

¹⁸⁷ Karar verildiği anda tutukluluk süresi Mehmet Baransu için 3 yıl 10 ay, Gültekin Avcı için 2 yıl 4 ay 19 gündür.

¹⁸⁸ Mehmet Baransu (3), § 58; Gültekin Avcı, § 180.

¹⁸⁹ Gültekin Avcı başvurusunda Adalet Bakanlığı, sadece iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğunu belirtmiştir (§ 156). Mehmet Baransu (3) kararında ise Bakanlık, tutukluluk süresinin makul olduğunu ve iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğunu işaret etmiştir (§ 156).

¹⁹⁰ Galip Doğru v Turkey, § 49.

Bununla beraber İHAM, *Sabuncu ve diğerleri/Türkiye ve Şık/Türkiye* (n.2) kararlarında CMK md.141'in tutuklamayı sonlandırma imkânı sunmadığını,¹⁹¹ yargı mercileri bakımından konumu göz önüne alındığında AYM'nin dâhi tutuklamanın kanuniliğine ilişkin iddiaları açıkça dayanaktan yoksun olarak değerlendirmesini, AYM'den daha alt kademede olan yargısal makamlar bakımından md.141'in hiçbir başarı şansının söz konusu olamayacağı yönünde yorumlayarak bu tazminat isteminin, Türk Hükümeti'nin iddia ettiği gibi,¹⁹² tüketilmesi gereken bir başvuru yolu olarak kabul etmemiştir.¹⁹³

V. Olağanüstü Yönetim Usullerinde Gazetecilere Uygulanan Tutuklama Tedbiri

Anayasa'nın 15. maddesi, olağanüstü hâl yönetimi altında temel hak ve özgürlüklere uygulanacak rejimi düzenlemektedir. Olağan yönetim düzeninden sapma durumunda ortaya çıkan olağanüstü yönetim, temel hak ve özgürlüklere olağan döneme kıyasen daha müdahaleci olmaktadır.¹⁹⁴ Olağanüstü yönetim altında alınan tedbirler ile temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahaleler uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemeli, temel hak ve özgürlüğün kullanımının kısmen veya tamamen durdurulması ancak durumun gerektirdiği ölçüde olmalı ve "sert çekirdek"¹⁹⁵ olarak nitelenen insan haklarına dokunulmaması gerekir. Uluslararası yükümlülükler aykırı olmama zorunluluğu, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşma ve sözleşmelerin yanı sıra uluslararası hukukun genel ilkelerine aykırı olmamayı da içermektedir.¹⁹⁶ Bu ifade, Anayasa'nın 15. maddesinin olağanüstü yönetim usulleri bakımından yalnızca asgari bir standart olduğu anlamına gelir.¹⁹⁷

¹⁹¹ Sabuncu and others v Turkey, § 124; Şık v Turkey (No.2), § 86. İHAM'ın konuya ilişkin içtihatları için bkz. Gavril Yosifov v Bulgaria App no 74012/01 (ECHR, 2 April 2004), § 40; Mustafa Avcı v Turkey App no 39322/12 (ECHR, 23 May 2017), § 60.

¹⁹² Sabuncu and others v Turkey, § 122; Şık v Turkey (No.2), § 84.

¹⁹³ Sabuncu and others v Turkey, § 126; Şık v Turkey (No.2), § 88.

¹⁹⁴ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, s. 291-292.

¹⁹⁵ İbrahim Özden Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku-1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, 7. Bası, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2013, s. 108; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, s. 293.

¹⁹⁶ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 171. Ayrıca bkz. AYM, E. 1990/25 K. 1991/1.

¹⁹⁷ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku-1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, s. 107.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği, 15. maddede sayılan hak ve özgürlüklerden olmamasının yanı sıra, olağanüstü yönetim usullerinde en çok müdahale edilen haklardan biridir.¹⁹⁸ Ancak özgürlük ve güvenlik hakkına yapılacak müdahale, uluslararası yükümlülüklerle aykırılık teşkil edemeyecek ve sadece durumun gerektirdiği ölçüde olacaktır.

BM MSHS'nin taslak halindeki 4. maddesinden ilham alınarak hazırlanan¹⁹⁹ İHAS'ın olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya almaya ilişkin 15. maddesi, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını bu kapsamda saymasa da olağanüstü yükümlülüklerin askıya alınmasının hukukiliğine ilişkin genel koşullar uygulama alanı bulmaktadır. İHAM'ın olağanüstü koşullar altında temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerini tabi tuttuğu sıkı gereklilik incelemesi kapsamında müdahalelerden etkilenen hakların niteliğini, olağanüstü koşulların oluşmasının sebeplerini ve olağanüstü halin ne kadar süre devam ettiğini dikkate almaktadır.²⁰⁰

Dolayısıyla, olağanüstü hâl dönemlerinde yükümlülüklerin askıya alınması, kamu otoritelerinin tutuklama kararlarına makul şüpheyi göstermeleri gerekliliğini ortadan kaldırmayacaktır. Aynı zamanda İHAM, alınan tedbirlerin olağanüstü hallerde kesinlikle gerekli olup olmadığını inceleyen ulusal yargı makamlarının görüşlerini de dikkate alacaktır.²⁰¹ İHAS, olağan dönemlerde mevcut olan tutuklama için gerekli olan şüphenin derecesini ve tutuklama nedenlerinin mevcudiyeti ile gerekçelendirilmesini ve kişiselleştirilmesini olağanüstü dönemlere de taşımaktadır. İHAM'ın bu yaklaşımı, olağanüstü dönemlerin de aslında bir hukuk rejimi olması ve hukuk rejimlerinde bireylerin hak ve

¹⁹⁸ Olağanüstü hâl ilanından sonra, Temmuz 2016 ile Aralık 2017 arasında, artan tutuklama ve gözaltı tedbirlerini gösteren grafikler için bkz. İnsan Hakları Ortak Platformu, Olağanüstü Hâl Tedbir ve Düzenlemeleri Güncellenmiş Durum Raporu-Türkiye 11 Ocak 2017 <http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/01/OHALdurumraporu_31122017.pdf> Erişim Tarihi 02.09.2021.

¹⁹⁹ European Commission of Human Rights, Preparatory Work on Article 15 of the European Convention on Human Rights 22 Mayıs 1956 <[https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART15-DH\(56\)4-EN1675477.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART15-DH(56)4-EN1675477.pdf)> Erişim Tarihi 02.09.2021.

²⁰⁰ Brannigan and McBride v. United Kingdom 17 EHRR 539 (1993), § 43; A. and others v United Kingdom (2009) 49 EHRR, § 173.

²⁰¹ Alparslan Altan v Turkey, § 146; Mehmet Hasan Altan v Turkey App no 13237/17 (ECHR, 20 March 2018), § 93, 140; Şahin Alpay v Turkey App no 16538/17 (ECHR, 20 March 2018), §§ 77, 119.

özgürlüklerinden keyfi biçimde mahrum bırakılmasının söz konusu olamayacağı hususu ile uyumludur.²⁰²

Anayasa Mahkemesi, olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemler süresince alınan tedbirleri konu edinen bireysel başvuruları incelerken öncelikle 15. maddenin uygulama alanı bulup bulamayacağına bakmaktadır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin 15. madde bağlamında inceleme yapmandaki ilk kıstası olağanüstü hâl sırasındaki temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin olağanüstü hâl ile bağlantılı olmasıdır.²⁰³ Gerçekleştirilen müdahale, olağanüstü hâl ile ilişkili olmalıdır ki 13. maddenin getirdiği korumalardan vazgeçilsin de 15. maddede yer alan ve koruyuculuğu kıyasen daha düşük olan garantiler uygulama alanı bulsun. AYM her ne kadar olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren koşullar ile başa çıkmaya ilişkin alınacak tedbirler bakımından kamusal makamların takdir yetkisinin olduğunu söylese de takdir yetkisinin bir sınırı olduğu ve bu denetimin Mahkeme'nin görev alanına girdiğini belirtmektedir.²⁰⁴

15 Temmuz 2016'da gerçekleşen darbe teşebbüsü sonrasında 21 Temmuz 2016'da ilan edilen olağanüstü hâl,²⁰⁵ yedi kez uzatıldıktan²⁰⁶ sonra 17 Temmuz 2018'de kaldırılmıştır. Bu süreçte uygulanan tutuklama tedbirleri, gazeteciler üzerinde de etkisini göstermiştir: AYM'nin gazetecilerin tutuklama tedbirlerinin hukukiliğine ilişkin yaptığı 46 bireysel başvurunun 36'sı olağanüstü hâl döneminde gerçekleştirilen tutuklamalara ilişkindir.

²⁰² Genel olarak İHAS açısından bkz. Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 823-824. BM MSHS açısından ise genel olarak bkz. UN Human Rights Committee, General Comment No.29 States of Emergency (Article 4) CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, § 4 <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fP PRiCAqhKb7yhjsjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO%2bfud3cPVrcM9YR0iix49nIFOsUPO4oTG7R%2fo7TSsorhtwUUG%2by2PtslYr5BldM8DN9shT8B8NpbsC%2b7bODxKR6zdESeXKjiLnNU%2bgQ%3d%3d> Erişim Tarihi 02.09.2021 [Genel Yorum No.29].

²⁰³ Aydın Yavuz ve Diğerleri, § 190.

²⁰⁴ Aydın Yavuz ve Diğerleri, § 191.

²⁰⁵ Bakanlar Kurulu Kararı, Karar Sayısı: 2016/9064, 20.07.2016, RG 21.07.2016/29777.
²⁰⁶ TBMM Karar Numarası:1130, 11.10.2016, RG 13.10.2016/29856; TBMM Karar Numarası: 1134, 03.01.2017, RG 05.01.20167/29939; TBMM Karar Numarası:1139, 18.04.2017, RG 18.04.2017/30042 (Mükerrer); TBMM Karar Numarası:1154, 17.07.2017, RG 18.07.2017/30127 (Mükerrer), TBMM Karar Numarası:1165, 17.10.2017, RG 18.10.2017/30214 (Mükerrer), TBMM Karar Numarası:1178, 18.01.2018, RG 18.01.2018/30305 (Mükerrer), TBMM Karar Numarası:1182, 18.04.2018, RG 18.04.2018/30395 (Mükerrer).

AYM, gazetecilere ilişkin bireysel başvuru kararlarında da yukarıda açıklanan adımları izlemektedir. Öncelikle 15. maddenin uygulama alanı bulup bulmayacağını inceleyen mahkeme, gazeteciler bakımından uygulanan tutuklama tedbirinin olağanüstü hâl döneminde gerçekleşip gerçekleşmediğine, daha sonra ise olağanüstü dönemde alınan tutuklama tedbirinin olağanüstü hâl ile ilintili olup olmadığına bakmaktadır.²⁰⁷ Bu koşullar sağlandığı takdirde 15. maddenin uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir.²⁰⁸ Devamında ise tutuklama tedbirinin 13. maddede getirilen koşulları sağlayıp sağlamadığı incelenmekte ve eğer olağan dönem sınırlamalarına uygun bir tutuklama tedbiri söz konusu ise 15. maddeye uygunluğa bakılmamaktadır.²⁰⁹ Ancak 13. maddenin çizdiği sınırlar aşılmış ise 15. madde bağlamında inceleme yapılmaktadır.²¹⁰

Olağan dönemlerde kuvvetli belirti koşulunu tutuklamanın önkoşulu olarak gören AYM, olağanüstü dönemde de bu tercihinin sürdürmektedir.²¹¹ Gazetecilere ilişkin kararlarda da kuvvetli belirti olmaksızın gerçekleştirilen tutuklama kararlarının Anayasa md.19/3'te yer alan güvencelere aykırılık teşkil ettiğine karar verilmiştir.²¹² Bu değerlendirmeler bakımından suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin mevcudiyeti olağanüstü dönemlerde de özel önem teşkil ettiği görülmektedir. Zira AYM'nin olağan dönem kuralları doğrultusunda yaptığı incelemede kuvvetli şüphenin bulunduğu yönünde bir varlığa ulaşması, 15. madde bakımından bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadan, özgürlük ve güvenlik hakkına yapılan müdahalenin önkoşulunun gerçekleştiğine işaret edecektir. Eğer bu önkoşul gerçekleşmemiş ise yapılan müdahale, olağanüstü dönemlerde de keyfilik teşkil edecektir. Bu bağlamda, kuvvetli belirtinin mevcut olup olmadığı yönünde AYM ve İHAM tarafından yapılan incelemedeki farklılıklar büyük önem taşımaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, İHAM'ın

²⁰⁷ Örnek olarak bkz. Mehmet Hasan Altan (2), § 109, Turhan Günay, § 55.

²⁰⁸ Örnek olarak bkz. Mehmet Hasan Altan (2), § 110, Turhan Günay, § 56.

²⁰⁹ Örnek olarak bkz. Mehmet Murat Sabuncu, § 88.

²¹⁰ Örnek olarak bkz. İlker Deniz Yücel, § 87-89.

²¹¹ Örnek olarak bkz. Mehmet Hasan Altan (2), § 156.

²¹² Mehmet Hasan Altan (2), § 157; Şahin Alpay, § 110; Turhan Günay, § 89; Ali Bulaç B.No: 2017/6592, 03.05.2019, RG 26.06.2019/30813, § 70; Murat Aksoy, § 86; Ahmet Kadri Gürsel, § 93; İlker Deniz Yücel, § 91. İHAM'ın da aynı yönde değerlendirmesi için örnek olarak bkz. Bulaç v Turkey, App no 25939/17 (ECHR, 8 June 2021), § 72 ve Murat Aksoy v Turkey, App no 80/17 (ECHR, 13 April 2021), § 111.

AYM'nin suç işlendiğine dair kuvvetli belirti olduğuna kanaat getirdiği başvurularda, kuvvetli belirtinin mevcut olmadığını ifade ettiği kararlar mevcuttur.

AYM'nin gazetecilere olağanüstü hâl döneminde uygulanan tutuklama tedbirlerinin 15. maddenin "durumun gerektirdiği ölçüde" olma koşuluna uyup uymadığını incelediği bireysel başvuru kararları mevcuttur.²¹³ Karara konu olaylarda AYM özellikle, olağanüstü hâl döneminde, ilk önce aynı somut olgulara dayanılarak tutuklanmış ve tahliye edilmiş; fakat farklı suç tasnifiyle, aynı somut olgulara dayanılarak yeniden tutuklanmış başvuruların ikinci tutuklama kararlarında olağanüstü halin bu ikinci tutuklamayı gerektirdiğine dair bir gerekçelendirmeyi özellikle gerekli görmektedir.²¹⁴

Her ne kadar *Yetkin Yıldız* ve *Cihan Acar* kararlarında AYM ilk tutuklama kararının hukukiliğine ilişkin iddiaları süre aşımı sebebiyle kabul edilemez bulmuş olsa da, başvuru haklarında verilen ilk tutuklama ve tahliye kararlarının hemen arkasından başvuru haklarının yine temelinde aynı olan somut olgulara dayanan ancak başka bir suç isnadıyla yeniden tutuklanmalarını zorunlu kılacak unsurların yeterince ifade edilmediği görüşünden yola çıkarak,²¹⁵ olağanüstü hâl döneminde uygulanan bu tedbirin 15. maddenin gerekliliklerini taşıyıp taşımadığını incelemiş ve tutuklamanın olağanüstü hâl döneminin gerektirdiği bir tedbir olmadığına kanaat getirmiştir.²¹⁶ Bu iki kararın önemi, AYM'nin ilk tutukluluk kararının hukukiliğine ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmamış olmasına rağmen aynı olgulara dayanan ikinci tutukluluk kararının hukuki olmadığına ve olağanüstü halin gerektirdiği bir tedbir niteliği göstermediğine karar vermiş olmasıdır. Bu kararın temelinde ise AYM'nin yine bir gazeteci ile ilgili olan *Abdullah Kılıç* kararı yatmaktadır.

AYM, *Abdullah Kılıç* başvurusunda ilk tutuklama kararının hukuki olduğuna kanaat getirmiş olmasına rağmen,²¹⁷ ilgili suç dolayısıyla

²¹³ Abdullah Kılıç, §§ 88-94; Cihan Acar, §§ 78-84; Yetkin Yıldız, §§ 72-79.

²¹⁴ Abdullah Kılıç, § 93; Cihan Acar, § 83; Yetkin Yıldız, § 77.

²¹⁵ Cihan Acar, § 75; Yetkin Yıldız, § 69.

²¹⁶ Cihan Acar, § 83; Yetkin Yıldız, § 77.

²¹⁷ Abdullah Kılıç, § 78.

tahliye edilen başvuru sahibinin temelde aynı somut olgulara dayanılarak başka suç isnadıyla ile yeniden tutuklanmasını hukuki kılacak zorunlu kılacak unsurların yeterince ifade edilmediği görüşünde olduğundan incelemesini 15. madde doğrultusunda sürdürmüştür.²¹⁸ Bu bağlamda maddedeki “durumun gerektirdiği ölçüde” kıstasının sağlanmadığını söyleyen Mahkeme, ikinci tutuklama tedbirini olağanüstü halin gerekli kıldığı bir önlem olarak değerlendirmemiş ve özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.²¹⁹ AYM, yine gazeteci bir başvuru hakkında verdiği *Yakup Çetin* kararında da verilen ilk tutuklama kararı sonrası tahliyesinin hemen sonrasında ve başka bir suç dolayısıyla verilen ikinci tutuklama kararının, ilk tutuklama kararına esas olan olgulara dayanılarak verilmiş olmasını olağanüstü hâlin gerekli kıldığı durumlardan biri olarak görmemiş ve ihlal kararı vermiştir.²²⁰ Bu bireysel başvuru kararları, ilk tutuklama kararı hukuki görülse bile aynı somut olgulara dayanılarak verilen ikinci bir tutuklama kararının olağanüstü dönemlerde dâhi durumun gerektirdiği ölçüde sayılmayabileceğine örnek teşkil etmesi bakımından önemlidir.

AYM bahsedilen bu dört bireysel başvuru kararında, ikinci tutuklama kararında sulh ceza hakimliğinin aynı somut olgulara dayanılarak daha önce verilmiş tahliye kararının gerekçesinden hangi sebeplerle ayrılmış olduğunun gösterilmemesi, olağanüstü hâlin başvuru sahibinin tutuklanmasını hangi hususların gerekli kıldığına dair bir gerekçe sunulmamış olması ve somut olayın özellikleri ile olağanüstü hâl arasında bağlantının kurulmamış olması üzerinde durmuş ve ihlal kararı vermiştir.²²¹ Bu doğrultuda AYM’nin bir tedbirin olağanüstü hal tedbiri olarak kabul etmesi için tedbir ile olağanüstü halin gerekleri arasında yeterli bağlantı kurulmasını aradığı görülmektedir. Olağanüstü halin gerekli kılmadığı bir tutuklama tedbiri ise Anayasa’nın 15. maddesindeki müdahalenin “durumun gerektirdiği ölçüde” yapılması zorunluluğu ile ters düşecek ve hak ihlaline sebebiyet verecektir.

²¹⁸ Abdullah Kılıç, §§ 84-87.

²¹⁹ Abdullah Kılıç, §§ 93-94.

²²⁰ Yakup Çetin B.No: 2018/15113, 11.03.2021, §§ 71-72 [Yakup Çetin].

²²¹ Abdullah Kılıç, § 93; Cihan Acar, § 83; Yetkin Yıldız, § 77; Yakup Çetin § 72.

Sonuç

Anayasa Mahkemesi'nin gazeteciler hakkında verdiği bireysel başvuru kararlarında inceleme yaptığı tutuklama kararlarında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihatlarına atıfta bulunup genel ilkeleri İHAM'ın belirlemeleri üzerinde kurduğu görülmektedir. Ancak esas ilkelerin uygulanmasında ve yorumunda AYM ile İHAM arasında farklılıklar söz konusudur ve bu farklılıklar, değerlendirmelerin sonucunu etkileyecek nitelikte olduğundan oldukça can alıcıdır. Her ne kadar uygulanan normlar ve standartlar aynı olsa da İHAM'ın AYM'ye nazaran belli başlı konularda daha özgürlükçü bir yaklaşıma sahip olduğu söylenebilir. Bu özgürlükçü yorum, daha çok mahkemelerin yorumlamaya ihtiyaç duyduğu soyut kavramların nasıl anlaşılacağına dairdir. Bu durumun somutlaşması ise AYM ve İHAM'ın -her ne kadar inceleme için farklı isimde kavramlar kullansalar da- aynı unsurun varlığını inceledikleri kuvvetli şüphe ve makul şüphe kavramlarının yorumu sonucunda farklı eşiklere ulaşmaları ile gerçekleşmektedir. Yukarıdaki pek çok örnekte görüleceği gibi AYM'nin suç işlendiğine dair kuvvetli belirti olduğuna kanaat getirdiği pek çok başvuru, İHAM'ın önüne gittiğinde herhangi bir makul şüphe bulunmadığına dair karar çıkmaktadır. Bu husus, tutuklama tedbirinin ön koşulu olarak nitelendirilen kuvvetli şüphe kavramının AYM tarafından oldukça geniş bir biçimde yorumlandığı ve gerçekten bir ön koşul niteliğini haiz olmadığını göstermektedir. Olağanüstü dönemlerde de ön koşul niteliğini sürdüren makul şüphenin varlığı, iki mahkeme arasındaki en büyük farklılık olarak kendini göstermektedir.

Tutuklama nedenlerinin incelenmesinde de aynı sorun göze çarpmaktadır. Her ne kadar AYM, katalog suçlara dayanmayan tutuklama kararlarında tutuklama nedenlerini somut olayla ilişkili biçimde incelemeye tabi tutuyor ve tutuklama nedenlerinin kişiselleştirmesini arıyor olsa da tutuklama nedenlerinin varsayılabildiği katalog suçlar bakımından bu incelemeyi yeterince detaylı biçimde gerçekleştirilmektedir. Bu durum ne katalog suçların varlığının tutuklama kararını zorunlu kılmaması ve yalnızca ilgili mercie bu konuda bir takdir yetkisi tanınması ile ne de İHAM'ın konuya ilişkin son içtihadı olan *Buzadji* kararı ile bağdaşmaktadır. Dolayısıyla AYM'nin tutuklama nedenleri incelemesinin İHAM'ın öngördüğü koşullar altında gerçekleştiğini söylemek oldukça zordur.

Tutuklama tedbirinin ölçülülüğünün değerlendirmesinde ise AYM'nin incelemelerinin ilk bakışta İHAM içtihadına dayandığı doğrultusunda bir algı yaratılıyor olsa da iki mahkemenin içtihatları karşılaştırmalı olarak incelendiğinde temelde farklılıkların olduğu görülmektedir. Bu sorun daha çok, isnat edilen suçun terör ile bağlantılı olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Özgürlük ve güvenlik haklarına ilişkin güvencelerin, terör ile mücadeleyi etkisiz hale getirecek şekilde yorumlanmaması noktasında İHAM'ın *Dinç ve Çakır/Türkiye* kararına yapılan atıf, AYM tarafından terör ile bağlantılı suçlarda özellikle vurgulansa da yine aynı kararda makul şüphe ve meşru amaç araştırmasının her halükârda yapılacağı hususu görmezden gelinmekte ve bu kavramlara ilişkin detaylı inceleme yapılmadığı görülmektedir. Bu bağlamda kuvvetli şüphe ve tutuklama nedenlerinin değerlendirilmesinde söz konusu sorunlar, ölçülülük denetimine de etki etmektedir.

Dolayısıyla sanık ya da şüpheli konumunda olan gazetecilerin tutuklanmalarının Anayasa ve İHAS'a uygunluğu oldukça tartışmalı bir konudur. Normların uygulanışındaki farklılık, gazetecilerin özgürlük ve güvenlik hakkına doğrudan müdahale etmekte ve basın özgürlüğünü tutukluluk süresince askıya almaktadır. Ancak gazetecilere uygulanan tutuklama tedbirlerinin etkisinin yalnızca tutuklama süresince çıkması söz konusu değildir. İfadelerinden ve gazetecilik faaliyetlerinden ötürü tutuklama tedbirlerinin uygulanıyor olması, gazeteciler üzerinde bir "soğutucu etki" yapmakta ve tutuklama tedbiri ortadan kalksa dâhi otosansür olarak kendisini göstererek basın özgürlüğü üzerindeki etkisini sürdürmektedir. Basın özgürlüğü üzerinde tutuklamanın etkisi de böylelikle, tedbir süresinden çok daha uzun bir zamana yayılarak hem gazetecinin haber verme hem de toplumun haber alma hakkına müdahale ederek toplumun demokratikliğini, bir başka deyişle, kamusal tartışma ortamının çoğulcu, hoşgörülü ve açık fikirli olma niteliğini kaybetmesine yol açmaktadır.

Kaynakça

Kitaplar

Benhabib Şeyla, "Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy", *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton University Press, Princeton 1999, s.67-94.

Centel Nur/Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Bası, BETA Yayıncılık, İstanbul 2020.

- Dahl Robert Alan, *Dilemmas of Pluralist Democracy: Autonomy vs. Control*, Yale University Press, New Haven 1982.
- Doğan Koray, *Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Habermas Jürgen, *The Structural Transformation of Public Sphere*, Polity Press, 1989.
- Harris David/ O'Boyle Michael/ Bates Ed/Buckley Carla, Harris, O'Boyle&Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*, 2. Bası, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Kaboğlu İbrahim Özden, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 13. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018
- Kaboğlu İbrahim Özden, *Özgürlükler Hukuku-1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, 7. Bası, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2013.
- Oder Bertil Emrah, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, BETA Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Gezer Özge/Saygılar Kırıt Yasemin Filiz/Alan Akcan Esra/Özaydın Özdem/Erden Tütüncü Efser/Altınok Villemine Derya/Tok Mehmet Can, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Editör Bahri Öztürk), 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Sınar Hasan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Şahin Cumhuriyet/Göktürk Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku-1*, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Şirin Tolga, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1*, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018.
- Tanör Bülent /Yüzbaşıoğlu Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Bası, BETA Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Touraine Alain, *What is Democracy?*, Westview Press, 1997.
- White Robin /Ovey Claire, Jacobs, White, & Ovey: *The European Convention on Human Rights*, 5. Bası, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Makaleler

- Centel Nur, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2011, C. 17, S.1-2, s.49-93.
- İnci Z. Özen, "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırı Hakkında Düşünceler", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 7, S.2, s.119-168.
- Sevdiren Öznur, "Anayasa Mahkemesi'nin Tutuklama Kararının Maddi Şartları İçtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2019, C. 8, S.16, s.295-357.
- Turkut Emre/Garahan Sabina, "The 'reasonable suspicion' test of Turkey's post-coup

emergency rule under the European Convention on Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2020, C. 38, S.4, s.1-19.

Yenisey Feridun, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi : Tutuklama”, *Anayasa Yargısı*, 2016, C. 33, s.213-229.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

- A. and others v United Kingdom (2009) 49 EHRR
 Ahmet Hüsrev Altan v Turkey App no 13252/17 (ECHR, 13 April 2021)
 Alparslan Altan v Turkey App no 12778/17 (ECHR, 16 April 2019)
 Ambruszkiewicz v Poland App no 38797/03 (ECHR, 4 May 2006)
 Atilla Taş v Turkey App no 72/17 (ECHR, 19 January 2021)
 Baş v Turkey App no 66448/17 (ECHR, 3 March 2020)
 Brannigan and McBride v. United Kingdom 17 EHRR 539 (1993)
 Bulaç v Turkey, App no 25939/17 (ECHR, 8 June 2021)
 Buzadji v Republic of Moldova [GC] App no 23755/07 (ECHR, 5 July 2016)
 Chahal v United Kingdom [GC] (1996) 23 EHRR 413
 Contrada v Italy App no 27143/95 (ECHR, 24 August 1998)
 Dinç and Çakır v Turkey App no 66066/99 (ECHR 9 July 2013)
 Galip Doğru v Turkey App no 36001/06 (ECHR, 28 April 2015)
 Gavril Yosifov v Bulgaria App no 74012/01 (ECHR, 2 April 2004)
 Handyside v United Kingdom (1979-80) 1 EHRR 737
 Ilgar Mammadov v Azerbaycan App no 15172/13 (ECHR, 29 May 2019).
 Ilijkov v Bulgaria App no 33977/96 (ECHR, 26 July 2001)
 Khayredinov v Ukraine App no 38717/04 (ECHR 14 October 2010)
 Labita v Italy (2008) 46 EHRR 1228
 Ladent v Poland App no 11036/03 (ECHR 18 March 2008)
 Mehmet Hasan Altan v Turkey App no 13237/17 (ECHR, 20 March 2018)
 Murat Aksoy v Turkey, App no 80/17 (ECHR, 13 April 2021)
 Mustafa Avcı v Turkey App no 39322/12 (ECHR, 23 May 2017)
 O’Hara v United Kingdom (2002) 34 EHRR 812
 Observer and Guardian v United Kingdom (1992) 14 EHRR 153
 Öğreten and Kanaat v Turkey App no 42201/17, 42212/17 (ECHR, 18 May 2021)
 S., V. and A. v. Denmark [GC] App no.s 35553/12, 36678/12, 36711/12 (ECHR, 22 October 2018).
 Sabuncu and others v Turkey App no 23199/17 (ECHR, 10 November 2020)
 Selahattin Demirtaş v Turkey (No.2) [GC] App no 14305/17 (ECHR, 22 December 2020)
 Strogan v Ukrania App no 30198/11 (ECHR, 6 October 2016)
 Şahin Alpay v Turkey App no 16538/17 (ECHR, 20 March 2018)

Şık v Turkey (No.2) App no 36493/17 (ECHR, 24 November 2020)

Vasiliciuc v Moldova App no 15944/11 (ECHR, 2 May 2017)

Witold Litwa v Poland (2001) 33 EHRR 1267

Yıldız v Turkey App no 42745/09 (ECHR, 11 October 2016)

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi, E. 1990/32, K. 1990/25, 16.10.1990 RG 30.11.1990/20711

Anayasa Mahkemesi, E. 1990/25 K. 1991/1, 10.01.1991, RG 05.03.1992/21162

Abdullah Çetin ve Diğerleri B.No: 2014/2524, 17.07.2018

Abdullah Kılıç B.No: 2016/25356, 08.01.2020

Ahmet Hüsrev Altan B.No: 2016/23668, 03.05.2019, RG 26.06.2019/30813

Ahmet Kadri Gürsel B.No: 2016/50978, 02.05.2019, RG 26.06.2019/30813

Ahmet Kubilay Tezcan B.No: 2014/3473, 25.01.2018

Ahmet Şık B.No: 2017/5375, 02.05.2019, RG 26.06.2019

Akın Atalay B.No: 2016/50970, 02.05.2019, RG 26.06.2019/30813

Ali Ahmet Böken B.No: 2017 /25973, 12.12.2018

Ali Biray Erdoğan B.No: 2016/16189, 18.04.2018

Ali Bulaç B.No: 2017/6592, 03.05.2019, RG 26.06.2019/30813

Atilla Taş B.No: 2016/30220, 29.05.2020

Aydın Yavuz ve Diğerleri B.No: 2016/22169, 20.06.2017 RG 30.06.2017/30110

Ayşe Nazlı Ilıcak B.No: 2016/24616, 03.05.2019, RG 26.06.2019/30813

Ayşenur Parıldak B.No: 2017/15375, 28.11.2018

Aziz Mahmut İstegün B.No: 2017/32195, 06.02.2019

Bayram Kaya B.No: 2017/26981, 28.11.2018

Cihan Acar B.No: 2017/26110, 27.02.2020

Cihat Ünal B.No: 2016/77795, 28.11.2018

Devran Duran B.No: 2014/10405, 25.05.2017, RG 20.07.2017/30129

Ekrem Dumanlı B.No: 2015/1032, 31.10.2018

Emre Soncan B.No: 2016/73490, 11.03.2020

Engin Demir B.No: 2013/2947, 17.12.2015, RG 12.02.2016/29622

Ercan Gün B.No: 2017/36164, 10.02.2021

Erdem Gül ve Can Dündar B.No: 2015/18567, KT 25.02.2016, RG 10.03.2016/29649

Eren Erdem B.No: 2019/9120, 09.06.2020, RG 19.06.2020/31160

Ergün Poyraz B.No: 2013/2809, 26.02.2015

Faysal Sarıyıldız B.No: 2014/9, 03.01.2014

Fevzi Yazıcı B.No: 2016/59786, 13.09.2018

Gülsim Genç B.No: 2012/4439, 06.03.2014

Gültekin Avcı B.No: 2015/17921, 10.01.2019

Hakan Aygün B.No: 2020/13412, 12.01.2021, RG 23.02.2021/31404

Halas Aslan B.No: 2014/4994, 16.02.2017.

- Hamit Kaya B.No: 2012/338, 02.07.2013
 Hanım Büşra Erdal B.No: 2017/35344, 09.06.2020
 Hidayet Karaca B.No: 2015/44, 14.07.2015 RG 09.10.2015/29497
 İhsan Yaşar ve Mehmet Ali Çelebi B.No: 2019/19137, 28.01.202, RG 18.03.2021/31427
 İlker Deniz Yücel, B.No: 2017/16589, 20.05.2019 RG 28.06.2019/30815
 İrfan Gerçek B.No: 2014/6500, 29.9.2016, RG 20.10.2016/29863
 İsmail Çıtak B.No: 2016/78629, 28.11.2019
 Kenan Baş B.No: 2017/17411, 29.11.2018
 Mehmet Akdoğan ve Diğerleri B.No: 2013/817, 19.12.2013
 Mehmet Baransu (2) B.No: 2015/7231, 17.05.2016, RG 17.06.2016/29745
 Mehmet Baransu (3) B.No: 2016/11380, 26.12.2018
 Mehmet Hasan Altan (2) B.No: 2016/23672, 11.01.2018 RG 19.01.2018/30306.
 Mehmet Hasan Altan (3) B.No: 2018/2620, 09.01.2020
 Mehmet Murat Sabuncu B.No: 2016/50969, 02.05.2019, RG 26.06.2019/30318
 Mehmet Özdemir B.No: 2017/37283, 29.11.2018
 Metin Evecen B.No: 2017/744, 04.04.2018
 Murat Aksoy B.No: 2016/30112, 02.05.2019, RG 26.06.2019/30813
 Murat Narman B.No: 2012/1137, 02.07.2013
 Mustafa Ali Balbay B.No: 2012/1272, 04.12.2013.
 Mustafa Ünal B.No: 2017/21149, 28.11.2018, § 66,71
 Mümtazer Türköne B.No: 2017/17839, 27.11.2019, RG 10.01.2020/31004
 Neşe Aslanbay Akbıyık B.No: 2014/5836, 16.04.2015, RG 11.07.2015/29413
 Önder Çelik ve Diğerleri B.No: 2016/50971, 02.05.2019
 Recep Uygun B.No: 2016/76351, 12.06.2018
 Selçuk Özdemir B.No: 2016/49158, 26.07.2017 RG 01.08.2017/30141
 Sevim Akat Ekşi B.No: 2013/2187, 19.12.2013
 Süleyman Bağrıyanık ve Diğerleri B.No: 2015/9756, 16.11.2016, RG 22.12.2016/29926
 Şahin Alpay B.No: 2016/16092, 11.01.2018, RG 19.01.2018/30306
 Şahin Alpay (2) B.No: 2018/307, 15.03.2020.
 Tunca İlker Öğreten B.No: 2017/11340, 20.11.2019
 Turhan Günay 2016/50972, 11.01.2018 RG 19.01.2018/30306
 Yakup Çetin B.No: 2018/15113, 11.03.2021
 Yakup Şimşek B.No: 2017/36064, 25.12.2018
 Yetkin Yıldız B.No: 2018/3292, 23.06.2020

Yargıtay Kararları

- Yargıtay 12. CD, E. 2014/6167 K. 2015/10867, 16.06.2015 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2014-6167-k-2015-10867-t-16-6-2015>
 Yargıtay 12. CD, E. 2014/22510 K. 2015/13907, 28.09.2015 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2014-22510-k-2015-13907-t-28-9-2015>

- Yargıtay 12. CD, E. 2015/201 K. 2015/13994, 29.09.2015 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2015-201-k-2015-13994-t-29-9-2015>
- Yargıtay 12. CD, E. 2014/19906 K. 2015/19237, 14.12.2015 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2014-19906-k-2015-19237-t-14-12-2015>
- Yargıtay 12. CD, E. 2015/2851 K. 2016/3143, 29.02.2016 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2015-2851-k-2016-3143-t-29-2-2016>
- Yargıtay 12. CD, E. 2014/15450 K. 2015/4363, 09.03.2015 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2014-15450-k-2015-4363-t-9-3-2015>
- Yargıtay 12. CD, E. 2014/23346 K. 2015/10032, 08.06.2015 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2014-23346-k-2015-10032-t-8-6-2015>

İnternet Kaynakları

<https://www.resmigazete.gov.tr/>

<https://www.mevzuat.gov.tr/>

İnsan Hakları Ortak Platformu, Olağanüstü Hâl Tedbir ve Düzenlemeleri Güncellenmiş Durum Raporu-Türkiye 11 Ocak 2017 http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/01/OHALdurumraporu_31122017.pdf

UN Human Rights Committee, General Comment No.29 States of Emergency (Article 4) CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, § 4 <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsjYoiCfMKolRv2FVaVzRkMjTnjRO%2bfud3cPVrcM9YR0iix49nF0sUPO4oTG7R%2fo7TSsorhtwUUG%2by2PtsIYr5BldM8DN9shT8B8NpbsC%2b7bODxKR6zdESeXKjilLnNU%2bgQ%3d%3d>

European Commission of Human Rights, Preparatory Work on Article 15 of the European Convention on Human 22 Mayıs 1956 [https://www.echr.coe.int/Library-Docs/Travaux/ECHRTravaux-ART15-DH\(56\)4-EN1675477.pdf](https://www.echr.coe.int/Library-Docs/Travaux/ECHRTravaux-ART15-DH(56)4-EN1675477.pdf)

Diğer Kaynaklar

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB), Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu, 10.12.1948, 217A(III).

UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights 16 Aralık 1966, 2200/A(XXI)

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), Avrupa Konseyi, 4.11.1950.

Bakanlar Kurulu Kararı, Karar Sayısı: 2016/9064, 20.07.2016, RG 21.07.2016/29777.

TBMM Karar Numarası:1130, 11.10.2016, RG 13.10.2016/29856

TBMM Karar Numarası: 1134, 03.01.2017, RG 05.01.20167/29939

TBMM Karar Numarası:1139, 18.04.2017, RG 18.04.2017/30042 (Mükerrer)

TBMM Karar Numarası:1154, 17.07.2017, RG 18.07.2017/30127 (Mükerrer)

TBMM Karar Numarası:1165, 17.10.2017, RG 18.10.2017/30214 (Mükerrer)

TBMM Karar Numarası:1178, 18.01.2018, RG 18.01.2018/30305 (Mükerrer)

TBMM Karar Numarası:1182, 18.04.2018, RG 18.04.2018/30395 (Mükerrer)

PARLAMENTO SEÇİMLERİNDE CİNSİYET KOTALARI*

GENDER QUOTAS IN PARLIAMENTARY ELECTIONS

Tijen DÜNDAR SEZER**

Özet: Kadınların dünya genelinde parlamentolarda temsil oranı 1995 yılına dek sadece yüzde on bire yükselbilmiştir. 1990'lardan itibaren, eşitlik ve demokrasi anlayışındaki değişimle birlikte, kadın temsil oranlarının artması için kotalar kabul edilmesi yaygınlaşmıştır.

Kotalar, her ne kadar itirazla karşılaşılsa da pek çok ülkede Anayasa ve/veya yasalarla düzenlenmiştir; bazı ülkelerde ise siyasi partiler tarafından gönüllü olarak uygulanmaktadır. Uluslararası alanda gelişmelere bakıldığında ise CEDAW kapsamında, sözleşmeciler devletlerin fiili/maddi eşitliğin sağlanması için geçici özel tedbir almaları söz konusudur. Bunun siyasal alanda yansımaları ise cinsiyet kotalarının kabul edilmesidir. Avrupa Konseyi nezdinde de dengeli temsilin gerçekleşmesi için pozitif önlemler alınması ve özelde kotalar konması anlayışı benimsenmiştir.

Dengeli temsilin sağlanması için cinsiyet kotaları bir gerekliliktir. Bununla birlikte, sadece kota kabul edilmesi kadın temsili istenilen düzeyde arttıramamaktadır. Temsil oranının artması için uygun seçim sisteminin benimsenmesi, yüksek kota oranı ve uygun liste türü öngörülmesi, kadınların listelerde seçilebilir yerlere konması, siyasi partilere yönelik yaptırım ve teşviklerin getirilmesi gereklidir.

Türkiye açısından kadınlara yönelik cinsiyet kotalarının dayanağı 1982 Anayasası'nda bulunmaktadır. Bu bağlamda cinsiyet kotalarına ilişkin yasal düzenleme yapılmalı ve bu düzenleme ile kotaların etkili olmasını sağlayacak hükümler getirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Kota, Cinsiyet Kotası, Pozitif Eylem, Pozitif Ayrımcılık, Geçici Özel Tedbir

Abstract: The representation of women in parliaments around the world had increased to only eleven percent until 1995. From the 1990s, along with the change in the understanding of equality and democracy, it became common to accept quotas to increase the representation of women.

* "Pozitif ayrımcılık biçimi olarak seçimlere ilişkin cinsiyet kotaları ve örnek uygulamalar" konulu ve 17-18.09.2020 tarihli "5. International Online Conference on Management and Social Sciences" Konferansında sunulan tebliğ geliştirilmiş ve bu makalenin çıkış noktasını oluşturmuştur.

** Dr. Öğretim Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, tijen.sezer@deu.edu.tr, ORCHID: 0000-0002-1944-1186, Makalenin Gönderim Tarihi: 08.09.2021, Kabul Tarihi: 08.09.2021

Quotas, although contested, are regulated by the Constitution and/or laws in many countries; in some countries, it is implemented by the political parties' own will. Considering the developments in the international arena, within the scope of CEDAW, the contracting states take temporary special measures to ensure de facto/substantive equality. The reflection of this in the political arena is the acceptance of gender quotas. The understanding of taking positive measures and adopting quotas in particular for the realization of balanced representation has been accepted by the Council of Europe.

Gender quotas are a requirement to ensure balanced representation. However, just accepting a quota cannot increase the representation of women at the desired level. In order to increase the representation rate, it is necessary to adopt an appropriate electoral system, to envisage a high quota rate and suitable list type, to place women in eligible places in the lists, and to impose sanctions on political parties.

For Turkey, the basis of gender quotas for women is found in the 1982 Constitution. In this context, a legal regulation on gender quotas should be made and provisions should be made to ensure that the quotas are effective.

Keywords: Quota, Gender Quota, Positive Measure, Positive Discrimination, Temporary Special Measure

GİRİŞ

Dünya genelinde parlamentolarda kadın temsil oranlarının 1995'lere kadar önemli ölçüde artmaması karşısında, bu oranın yükseltilmesi için cinsiyet kotalarına başvurulmaya başlanmıştır. Son yirmi yedi yılda parlamentolarda kadın temsil oranının yaklaşık iki buçuk kat¹ artmasının en önemli sebeplerinden birisi, bu süreç içinde yüz otuz ülkede cinsiyet kotalarının uygulamaya konmasıdır. 1990'lı yıllardan itibaren uluslararası çabalarla başlayan, kotalar yoluyla kadın temsil oranının yüzde otuzlara çıkarılması hedefi, bugün daha yükseltilmiştir.

Bu çalışmanın önemi, kısa vadede kadın temsil oranının kotalar olmadan gerçekleşmeyeceği olgusundan hareket edilerek, cinsiyet kotalarına ilişkin temel meselelerin ortaya konmasıdır. Çalışmamızda

¹ 1995 yılında yüzde 11,3 olan oran, 2022 itibarıyla 25,9'a çıkmıştır. <http://archive.ipu.org/wmn-e/arc/world010197.htm>, 01.01.2022; <https://www.ipu.org/our-impact/gender-equality>, 01.01.2022; Bu oranlar, iki meclisli parlamentolar göz önünde bulundurularak, ortalamayı vermektedir.

cinsiyet kotalarına ilişkin temel bilgiler, dayanaklar, tartışma alanları ve kotaların etkili kılınmasının yolları ortaya konmaktadır.

Cinsiyet kotaları, -kota uygulanan ülkeler için de geçerli olmak üzere- oldukça tartışmalı bir alandır. Eşitlik ve demokrasi ilkelerine ilişkin farklı anlayışlar kotaların meşru görülüp görülmemesi sonucunu ortaya çıkartmaktadır. Cinsiyet kotaları hukuki nitelik olarak dahi farklı hukuk sistemlerinde ve farklı yazarlarca farklı şekillerde nitelendirilmektedir. Çalışmamızda, bu yaklaşımların ayrıntılı olarak ortaya konulmasıyla kota tartışmalarına katkı sunulması amaçlanmaktadır.

Dünya üzerinde bazı ülkeler Anayasa ve/veya yasalarla cinsiyet kotaları koymakta; bazı ülkelerde siyasi partiler gönüllü olarak kota uygulamaktadır. Makalede, kotaların uluslararası hukuktaki dayanakları ortaya konmaktadır. Anayasal düzeyde ise açıkça kota öngören Anayasa örneklerinin yanı sıra, kadın erkek eşitliği konusunda önlem alma yükümlülüğü getiren Anayasal düzenleme örneklerine de yer verilmiştir. Bu bağlamda, kotalara ilişkin anayasal düzenlemesi bulunmayan ülkeler açısından yasa/siyasi partiler tarafından konulan kotalar eşitlik ve demokrasi ilkeleri açısından değerlendirilmiştir.

Çalışmanın en önemli amacı kadın temsil oranlarının artırılmasına katkıda bulunabilmek ve dünyadaki düzenlemeler ve uygulamalardan yola çıkılarak ülkemiz için önerilerde bulunmaktır. Bu bağlamda özellikle kotalarla yüksek kadın temsil oranı sağlayabilen ülkelerin ortak özelliklerinden sonuçlar çıkarılmış; çalışmanın son bölümünde kotaların etkili olması ve temsil oranlarının artabilmesi için, kotalarla birlikte düzenlenmesi ve ele alınması gereken unsurlara yer verilmiştir. Cinsiyet kotalarının ancak yüksek oran, listelerde kadınlara verilen yer, seçim sistemi gibi unsurlarla birlikte ele alınması temsil oranını belli bir eşiğin üzerine taşıyabilir ve ancak kadınların belli bir eşiğin üzerinde temsil edilmesi, karar alma mekanizmasında fark yaratabilir.

Çalışmamızda kota ifadesi geçtiğinde, özel olarak parlamento seçimlerinde uygulanan cinsiyet kotaları kastedilmektedir.

Makalede parlamento seçimlerinde cinsiyet kotaları incelenmekle birlikte, çalışmanın başında kadınlar için genel olarak seçme ve seçilme hakkının garanti edilmesine ilişkin süreç değerlendirilmiş ve böylelikle kadın temsil oranlarının neden yıllar boyunca yükselmediğine ışık tutulmak istenmiştir.

I. Kadınların Seçme ve Seçilme Hakkına Genel Bir Bakış

Tarihte, demokratik unsurların önem taşıdığı ilk siyasi sistemler eski Yunan sitelerinde görülmüştür ve bazı sitelerde yetişkin yurttaşların yönetime doğrudan katılma hakkı elde etmesiyle doğrudan demokrasi anlayışı ortaya çıkmıştır.² Bununla birlikte, bu anlayış ve uygulamada kadınların yönetime katılması söz konusu olmamıştır.³

Temsil ile demokrasinin yan yana gelebileceği düşüncesi 17-18. yüzyıllara aittir ve aslen feodaliteye özgü bir kurum olan temsil,⁴ zaman içinde modern demokrasilerin asli ögesi haline gelmiştir.⁵ Temsil kurumu, iki bin yıllık aradan sonra; demokrasinin, temsili demokrasi⁶ olarak yeni bir biçimde tarih sahnesine geri dönmesini sağlamıştır.⁷ Temsili rejimler ilk olarak İngiltere ve Fransa'da, kralların danıştığı senyörler ve kilise büyüklerinden kurulu meclislere zamanla halktan seçilen kişilerin de temsilci sıfatı ile katılmasıyla ortaya çıkmıştır.⁸ Temsil kurumunun gelişimi içinde, meclislerde her tabaka kendi temsilcilerini seçmiş; son tahlilde bu tabakalar lordlar ve avam olmak üzere ikiye inmiştir.⁹ Tarihsel süreçte parlamentoların kurulmasının ardından,¹⁰

² Oktay Uygun, Devlet Teorisi, İstanbul-2014, s. 71.

³ Doğrudan demokrasi anlayışında yurttaşlar doğrudan yönetime katıldığından temsil ve seçim söz konusu değildir. Antik Yunan'da kadınların, kölelerin ve yabancılardan yönetime katılmaları söz konusu değildi.

⁴ Temsil kurumunun ilk izleri ise 11. yüzyıl ve sonrasında İngiltere ve Fransa'da ortaya çıkmıştır. Uygun, s. 370; Bülent Yücel, Temsili Demokratik Sistemde Yasama Erki ve Kural Koyma Faaliyetinin Belirleyicileri, Ankara-2018., s. 25.

⁵ Uygun, s. 366, 370: Demokrasinin Antik Çağda 4. yüzyılda sona erdiği ile, Yeniçağda canlanması arasında iki bin yıllık bir zaman dilimi bulunmaktadır.

⁶ Temsili demokrasi en temel anlamıyla yönetilenlerin yöneticilerini seçtiği bir rejim anlamını taşımaktadır.

⁷ Uygun, s. 371.

⁸ Fatmagül Kale Özçelik, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Demokrasi Teorisi Bağlamında Serbest Seçim Hakkı ve Türkiye, Ankara-2019, s. 47; Uygun, s. 124.

⁹ Uygun, s. 370.

¹⁰ İngiltere'de 11. yy. dan itibaren meclisler süreklilik kazanmıştır. İngiltere'de 1066 yılında Norman istilasından sonra, Kralın danışma organı olan Witan dağıtılmamış ve feodal beylerin, asilzadelerin ve din adamlarının meydana getirdiği bir meclis haline getirilerek Magnum Concilium adını almıştır. Bu meclis için "parlamento" kavramı ilk kez 1230 yılında kullanılmış ve 1265 yılından sonra parlamentoya her kontlukta iki şövalye ve her şehirden iki temsilci gönderilmesi öngörülmüştür. 1295 yılında toplanan ve Model Parlamento adını alan Meclis, soylular, şövalyeler ve şehir temsilcilerinden ve yaklaşık 400 kişiden oluşuyordu. Fransa Uygulamasında da Curia Regis Meclislerine 1302 yılından itibaren imtiyazlı şehirlerden temsilciler çağrılmış ve senyörlerin de temsilci göndermesiyle siyasi temsilin kapsamı genişlemiştir. Daha sonra ise, ülke seçim bölgelerine ayrılarak, kralın bizzat çağrısı ile katılanların yanı sıra, temsilci sıfatıyla katılanların da sayısı artmıştır; Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul- 2011, s. 572;

seçme hakkının¹¹ zaman içinde özellikle 19. yüzyılda yaygınlaşması, parlamentonun temsil yeteneğini arttırmıştır. Ancak bu süreç içinde hem seçenler hem de seçilenler erkektir. 18. yüzyılın sonunda başlayan anayasacılık hareketleriyle de sadece erkeklerin seçme ve seçilme hakları tanınmıştır.¹²

Bu bağlamda, kadınların, ne Antik Yunan'da doğrudan demokrasi içinde yönetime katılma hakları ne de 20. yüzyıla dek temsili demokrasilerde seçme ve seçilme hakları söz konusu olmuştur. Sınırlı oy uygulamasından genel oya¹³ geçiş uzun ve sancılı bir sürecin ürünüdür.

Kadınların seçme-seçilme haklarının tanınmamasının sebeplerine bakıldığında, kadınların siyasal kapasiteleri olduğuna ve siyasal toplumla bütünleşmesine karşı çıkıldığını görmekteyiz. Geleneksel düşünce, kadının sosyal hayattaki yerini sadece aile içi alanla sınırlandırmıştır ve siyasetin erkeklere özgü bir alan olduğu kabul edilegelmiştir. Bu anlayış uyarınca kadınlar kamusal işleri anlamak için gerekli olan yeteneğe sahip değildir; kadınların görevi ev işlerini yapmak ve çocukların bakımını üstlenmektir.¹⁴

Kadınların seçme-seçilme haklarının kural olarak 20. yüzyılın başından itibaren tanınmaya başlanmış olması, hukuk alanında kadın erkek eşitsizliğini ortaya koyan bir turnusol testi gibidir. Kadınlar seçme ve seçilme haklarını elde etmek için pek çok ülkede çaba göstermiştir ve bu mücadeleyi kazanmaları kolay olmamıştır.

Kale Özçelik, s. 49; Yücel, s. 29-33; Parlamentoların kuruluşu hakkında bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C.I, Bursa-2020, s. 825 vd; İngiltere'de 1689 yılında kabul edilen Bill of Rights ile parlamento seçimlerinin serbest olarak yapılacağı kabul edilmişti. Gözler, s. 831.

¹¹ Çalışmamızın bu başlığında genel olarak kadınların seçme-seçilme hakları anlatıldığı için, oy hakkı kavramı değil seçme hakkı kavramı kullanılmıştır. Bilindiği gibi, oy hakkı ve seçme hakkı farklı anlamları ifade edebilmektedir. Oy hakkı, saf temsili demokrasilerde, sadece seçme hakkına karşılık gelmekte iken, yarı doğrudan demokrasilerde hem seçme hem de oylama hakkına karşılık gelmektedir. Oylama ise, bir metnin oy kullanılarak, kabul veya reddedilmesi anlamı taşımaktadır. Bkz. Gözler, s. 778.

¹² Erkekler açısından da ilk Anayasalarda seçme seçilme hakkı; vergi verme ya da mülkiyete sahip olma şartına bağlıydı. Yine bazı ülkelerde, belirli bir ırktan olmak da oy hakkının şartları arasında yer almıştır ya da belli bir ırkın mensuplarının oy kullanması zorlaştırılarak genel oy ilkesi zedelenmiştir. Gözler, s. 787 vd.

¹³ Genel oy ilkesi, oy hakkının, cinsiyet, ırk, zenginlik, eğitim, yetenek vergi, mülk sahibi olma gibi sebeplerle sınırlandırılmaksızın, her vatandaşa oy hakkının tanınması anlamı taşımaktadır. Gözler, s. 782; Ekrem Ali Akartürk, *Oy Hakkının Anayasal İlkeleri*, İstanbul-2017, s. 52.

¹⁴ Akartürk, s. 9.

Kadınlara seçme hakkı ilk kez 1893 yılında Yeni Zelanda'da ve ardından 1902 tarihinde Avustralya'da tanınmıştır.¹⁵ Avrupa'da ise, kadınlara seçme hakkını garanti eden ilk ülke -1906 yılında- Finlandiya olmuştur.¹⁶ Avrupa'da dahi bazı ülkelerde kadınların seçme hakkı ancak 2. Dünya Savaşı'ndan sonra tanınmıştır. Fransa'da 1944, İtalya'da 1945, Belçika'da 1948, Yunanistan'da 1952, Portekiz'de 1968, Andorra'da 1970, Lihtenştayn'da 1984'te kadınlar seçme hakkını elde etmişlerdir. İsviçre'de kadınların seçme hakkı federal düzeyde 1971'de, bazı kantonlarda ise 1990'lı yıllarda garanti edilmiştir.¹⁷

Parlamento seçimlerinde kadınlara seçilme hakkı, seçme hakkından sonra ilk kez 1902 yılında Avustralya'da tanınmıştır. Seçme hakkının kadınlara ilk verildiği ülke olan Yeni Zelanda'da seçilme hakkı, kadınlar için 1919 yılında garanti edilmiştir.¹⁸ Avrupa'da seçilme hakkını kadınlar için tanıyan ilk ülke ise 1906 yılında Finlandiya olmuştur. Finlandiya dünyada ilk kadın milletvekili seçilen ülkedir ve 1907 yılında on dokuz kadın milletvekili seçilmiştir.¹⁹ Finlandiya'nın ardından ilk kadın milletvekillerinin seçildiği ülkeler, ABD (Montana/1917), İrlanda, Danimarka, Hollanda, Birleşik Krallık (1918), Avusturya (1919), Estonya, Litvanya (1920)'dir. Kadınlara parlamento seçimleri için se-

¹⁵ 20. yüzyılda kadınlara seçme hakkı tanıyan ilk ülkeler; Danimarka, İzlanda (1908), Norveç (1913), Estonya, Kanada (1917), Ermenistan, Azerbaycan, Avusturya, Polonya, Rusya, Letonya, İrlanda, Estonya, Gürcistan, Birleşik Krallık, Almanya, Macaristan (1918), Hollanda, Litvanya, Lüksemburg (1919), ABD (1920), İsveç (1921)'tir.

21. yüzyılda kadınlara seçme hakkı veren ülkelere bakıldığında bu ülkeler; Afganistan (2001), Umman Sultanlığı (2003), Kuveyt (2005), Birleşik Arap Emirlikleri (2006), Suudi Arabistan (yerel seçimler/2015)'tir. https://data.ipu.org/compare?field=country%3Afield_suffrage%3Afield_right_to_vote#map,01.12.2021.

¹⁶ Finlandiya'yı takiben, Avrupa'da kadınlara seçme hakkı Norveç'te 1913, Danimarka'da 1908 ve 1915, Almanya'da ve İngiltere'de 1918 ve 1928, İsveç'te 1921 yılında tanınmıştır.

https://data.ipu.org/compare?field=country%3Afield_suffrage%3Afield_right_to_vote#map,01.12.2021.

¹⁷ https://data.ipu.org/compare?field=country%3Afield_suffrage%3Afield_right_to_vote#map,01.12.2021.

¹⁸ <https://www.parliament.nz/en/get-involved/features/100-years-since-women-gained-the-right-to-stand-for-parliament/>, 20.06.2021.

¹⁹ Akartürk, s. 9,10. Kadınlara ulusal Meclislerde seçilme hakkı veren ilk ülkeler Danimarka (1915), İzlanda (1915), Hollanda (1917), Ermenistan, Azerbaycan, Avusturya, Estonya, Almanya, Gürcistan, Rusya (1918) Birleşik Krallık (1918/1928), Beyaz Rusya, Kanada, Litvanya, Lüksemburg, Yeni Zelanda (1919), A.B.D, Arnavutluk, Çek Cumhuriyeti (1920), Belçika (1921)'dir.

https://data.ipu.org/compare?field=country%3Afield_stand_for_election%3Afield_right_to_vote#map,20.06.2021.

çilme hakkının 21. yüzyılda verildiği ülkeler ise Bahreyn (2002), Katar (2003), Kuveyt (2005), Birleşik Arap Emirlikleri (2005)'dir.²⁰

Türkiye’de parlamento seçimlerinde kadınlara seçme-seçilme hakkı 1934 yılında verilmiştir ki -yukarıda belirtildiği gibi- pek çok Avrupa ülkesinde dahi bu tarihte söz konusu haklar garanti edilmemişti.²¹

Kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanınmasına ilişkin uluslararası belgelere baktığımızda, ilk olarak 1948 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin²² (İHEB) 21. maddesi karşımıza çıkmaktadır. İlgili madde uyarınca: *“Herkes doğrudan veya serbestçe seçilmiş temsilciler aracılığıyla ülkesinin yönetimine katılma hakkına sahiptir... Halkın iradesi hükümet iradesinin temelidir. Bu irade, gizli veya serbestliği sağlayacak benzeri bir yöntemle genel ve eşit oy verme yoluyla yapılacak ve belirli aralıklarla tekrarlanacak dürüst seçimlerle belirlenir”*. Dünyada 1948 tarihinde pek çok ülkede kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanınmamış iken Bildiri’nin genel oy ilkesine yer vermesi önemli bir gelişmedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (AİHS) ek, 1952 tarihli ve 1954 tarihinde yürürlüğe giren, 1 no’lu Protokol’ün 3. maddesi ile parlamento seçimlerinde serbest seçimler garanti edilmektedir.²³ Genel oy hakkının 3. maddede yer alması, Sözleşme’nin yapım aşamasında olduğu gibi²⁴, Protokol’un yapım aşamasında da itirazla karşılaşmıştır.²⁵

²⁰ https://data.ipu.org/compare?field=country%3Afield_stand_for_election%3Afield_right_to_vote#map,01.12.2021.

²¹ 8 Şubat 1935’te yapılan ilk genel seçimlerde seçilen 399 vekilden on yedisi kadındı.

²² İHEB her ne kadar hukuki nitelik olarak bir bildiri olsa da bugün uluslararası teamül hukukundan sayılması gerektiği ve hukuksal bağlayıcılık kazandığı da savunulmaktadır. Bkz. Rona Aybay, Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, TBB Yay: 113, İHAUM Dizisi: 7, Ankara- 2006, s. 7.

²³ Ek 1 no’lu protokol, md. 3: *“Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde makul aralıklarla gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.”*

²⁴ AİHS’nin ilk taslağında Sözleşme metninin 3. maddesinde genel oya dayanan serbest seçimlerin yapılması öngörülmekteydi. Ancak özellikle genel oy ilkesi açısından başta Birleşik Krallık olmak üzere farklı devletler tarafından itiraz edilen hüküm, Sözleşme metninde yer almamıştır. Genel oy ilkesine itiraz edilmesinin sebebi, devletlerin ulusal hukuklarında bazı kategorilerdeki kişilere oy hakkını tanımamış olmalarıydı. Birleşik Krallık tarafından hükme itiraz edilmesinin en önemli sebebi ise, kolonilerin bu maddenin bazı koşullarını sağlayamayacak olmasıydı. Bkz. https://echr.coe.int/Documents/Speech_20200918_Grozev_Conference_70_years_Convention_ENG.pdf; <https://publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtdraftvoting/103/10306.htm>, 01.12.2021.

²⁵ https://echr.coe.int/Documents/Speech_20200918_Grozev_Conference_70_ye

Böylelikle, İHEB'nin aksine, genel oy ilkesine Sözleşme ve Protokol'de yer verilmemiştir.²⁶ Protokol'ün 3. maddesinde, her ne kadar herkese ya da vatandaşlara seçme ve seçilme hakkı açıkça tanınmamış olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), yasama meclisi seçimlerinde serbest seçimlere ilişkin düzenlemeyi, yasama organı seçimleri için seçme ve seçilme hakkı olarak yorumlamaktadır.²⁷ AİHM kararlarında, genel oy prensibi de açıkça Sözleşme kapsamında kabul edilmektedir.²⁸

1952 tarihinde kabul edilen BM Kadınların Siyasal Haklarına İlişkin Sözleşme'nin 1. ve 2. maddeleri uyarınca, kadınlar hiçbir ayırım gözetilmeksizin erkeklerle eşit koşullar altında seçme ve seçilme haklarına sahiptirler.²⁹

1966 tarihinde kabul edilen BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin³⁰ (KSHS) 25. maddesi uyarınca, *"Her vatandaş, genel, eşit ve gizli oyla belirli dönemlerde yapılan, seçmenlerin iradelerini özgürce ortaya koymalarını garanti eden gerçek seçimlerde oy kullanma ve seçilme hakkına sahiptir."* Sözleşmenin kabul edildiği tarihte halen farklı ülkelerde³¹ kadınların seçme ve seçilme hakkı ile genel oy ilkesinin henüz tanınmadığı düşünüldüğünde, her vatandaşa seçme-seçilme hakkı tanınması ile genel oy ilkesinin kabul edilmesinin önemi karşımıza çıkmaktadır.

1979 tarihinde kabul edilen BM Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Engellenmesi Sözleşmesi (CEDAW),³² dünyada ilk ilk kez seç-

ars_Convention_ENG.pdf. 01.12.2021.

²⁶ Ek Protokol'de, yerel seçimlerde, devlet başkanı seçiminde ya da referandumda oy hakkı garanti edilmemektedir.

²⁷ Olgun Akbulut, "AİHS ve MSHS'nin Seçim Hükümlerinin Karşılaştırmalı İncelemesi", içinde: Karagöz H.-Kejanlıoğlu A.M. (Ed.), Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu, MEF Üniversitesi, 1-2 Mart 2018, İstanbul-2019, s. 91.

²⁸ https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Vote_ENG.pdf; Ek protokol'un yapım aşamasındaki tartışmalar için bkz. Preparatory work on the Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P1-3-Cour\(86\)36-BIL1221606.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P1-3-Cour(86)36-BIL1221606.pdf). 01.12.2021;

²⁹ Sözleşme 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından 1954 yılında imzalanmış ve 1960 yılında onaylanmıştır. Sözleşme'ye Temmuz-2021 itibariyle 123 devlet tarafıdır.

³⁰ Sözleşme 1976 yılında yürürlüğe girmiştir; Türkiye tarafından 2000 yılında imzalanmış ve 2003 yılında onaylanmıştır. Sözleşme'ye Temmuz -2021 itibariyle 173 devlet tarafıdır.

³¹ https://data.ipu.org/compare?field=country%3Afield_suffrage%3Afield_right_to_vote#map, 01.12.2021.

³² Sözleşme, 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından 1985 yılında

me ve seçilme hakkına ilişkin hem cinsiyet açısından nötr olmayan³³ hem de fiili eşitliğin sağlanmasını hedefleyen düzenleme getirmiştir. Sözleşme'nin 7. maddesi³⁴ ile devletlere, politika ve kamu hayatında kadınlara yönelik ayrımcılık yapılmaması yükümlülüğü ile oy kullanma ve seçilebilmek konusunda kadınlarla erkeklere eşit hak sağlama yükümlülüğü getirilmiştir.³⁵ Aşağıda yer verilecek olan geçici özel tedbirlere ilişkin 4. madde ile de fiili eşitliği sağlayacak kotaların hukuki temeli atılmıştır.

20. yüzyıl boyunca, farklı hukuki metinlerde, kadınlara seçme ve seçilme hakkı verilmeyle birlikte³⁶, kadınların seçilme oranları son derece düşük kalmıştır. 1995 yılında kadınların parlamentolarda seçilme oranı halen yüzde on bir idi. Şunu söyleyebiliriz ki gerek Anayasalarda gerekse uluslararası sözleşmelerde yer alan cinsiyet açısından nötr kurallar kadınlarla erkeklerin eşit oranda temsil edilmesini sağlayama-

imzalanmış ve onaylanmıştır. Sözleşme'ye Temmuz-2021 itibariyle 189 devlet taraftır. CEDAW da BM KSHS gibi, BM temel insan hakları sözleşmeleri içinde yer almakta ve Sözleşme'nin bir denetim mekanizması bulunmaktadır.

³³ CEDAW'ın kabul edilmesine kadar kural olarak uluslararası Sözleşmelerde kadınların dezavantajlı durumları göz önüne alınmamış, kadın ve erkekler için nötr (yansız) düzenlemeler yapılmıştır. CEDAW'ın bütününe kadının dezavantajlı durumu göz önüne alınmış; nötr (yansız) bir yaklaşım benimsenmemiştir. Cinsiyete nötr (yansız) düzenlemeler kadın erkek arasında fiili eşitliği sağlayamamaktadır. Cinsiyete nötr düzenlemelerin kadınların dezavantajlı durumunu değiştirememesi konusunda bkz. Helen Irwing, "More Than Rights", in: Williams S.H. (Ed.), *Constituting Equality- Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Cambridge-2009, s. 82.

³⁴ "Taraf Devletler, ülkenin politika ve kamu hayatında, kadınlara karşı ayrımı önlemek için tüm önlemleri alacaklar ve özellikle kadınlara erkeklerle eşit şartlarla aşağıdaki hakları sağlayacaklardır: a) Bütün seçimlerde ve halk oylamalarında oy kullanmak ve halk tarafından seçilen organlara seçilebilmek; b) Hükümet politikasının hazırlanmasına ve uygulanmasına katılmak, kamu görevinde bulunabilmek ve hükümetin her kademesinde kamu görevleri ifa etmek; c) Ülkenin kamu ve politik hayatı ile ilgili hükümet dışı kuruluşlara ve derneklere katılmak."

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sarah Wittkopp, "Article 7" in: Freeman M.-Chinkin C.-Rudolf B., *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, Oxford- 2012, s. 198 vd; Sadece genel ve yerel seçimlerde seçme hakkı değil referandumda oy kullanma hakkı da Sözleşme kapsamında korunmaktadır.

³⁶ 1969 tarihinde kabul edilen Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 23. maddesinde her vatandaşa seçme ve seçilme hakkı tanınmıştır. (Sözleşme 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1981) tarihinde kabul edilen Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nda 13. madde ile her vatandaşın doğrudan ya da temsilcileri aracılığıyla ülkesinin yönetimine katılma hakkı güvence altına alınmıştır. 18. madde uyarınca devletlere kadınlara yönelik her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılması yükümlülüğü getirilmiştir. (Sözleşme 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.)

mıştır. Bir diğer deyişle, hukuk kuralları ile şekli eşitlik büyük ölçüde sağlanmış olmasına rağmen fiili eşitliğin ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanamamış olması nedeniyle kadın temsil oranları erkeklerin çok gerisinde kalmıştır. Kadınların seçilme oranlarının düşük kalmasının bir diğer önemli sebebi de seçilme hakkının kapsamının dar yorumlanmış olmasıdır.³⁷ Seçilme hakkı, kadınların aday gösterilme ve seçilme için demokratik olanaklara sahip olmalarını ve süreç içinde ayrımcılığa uğramamalarını içerecek şekilde yorumlanmadığında,³⁸ kadınların temsil oranının artması tesadüflere kalmaktadır.

Kadınların temsil oranlarının düşük kalmasına neden olan negatif etmenlerin ve toplumsal cinsiyet rollerinin kısa bir zaman aralığında değişmeyeceğinden hareketle, temsil oranlarının arttırılması için kotalar şeklinde tedbirler alınması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bunun sebebi, kotalara yer verilmez ise on yıllar boyunca kadınların temsil oranının erkeklere nazaran çok düşük kalacak olmasıdır. Dünya Ekonomik Forumu'nun 2021 tarihli Global Cinsiyet Farkı Raporu'na göre, mevcut veriler uyarınca global cinsiyet farkının dünya üzerinde kapanması 135,6 yıl alacaktır. Cinsiyetler arasında politika alanındaki eşitliğin sağlanması ise 145,5 yılda gerçekleşebilecektir.³⁹

Bu bağlamda, öncelikle, kadınların temsil oranlarının artması için etkili bir araç olarak görülen cinsiyet kotalarının tanımı, türleri ve uygulanma biçimleri ortaya konacaktır.

II. Cinsiyet Kotası Kavramı

Parlamento seçimlerine ilişkin cinsiyet kotaları, kadınların (ya da nötr olarak bir cinsiyetin)⁴⁰ aday listelerinde/seçim çevrelerindeki adaylıkların toplamında⁴¹ ne oranda yer alacağına ya da parlamento-

³⁷ Kadınların seçilme oranlarının düşük olmasına ilişkin diğer bazı nedenler; kadınların eğitim seviyesinin erkeklere oranla daha düşük kalmış olması, maddi yetersizlik, kadınların ikinci planda kalması gerekliliğine ilişkin toplumsal cinsiyet rolleri, erkek egemen siyaset alanında engellerle karşılaşma olarak sayılabilir.

³⁸ Wittkopp, s. 202.

³⁹ Ekonomik alanda farkın kapanması için 267,6 yıl geçmesi gerekeceği tahmin edilmektedir. Pandemi koşulları kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına ilişkin beklentileri geçen yıllara göre daha da uzatmıştır. <https://www.weforum.org/reports/global-gender-gap-report-2021/digest>, 09.12.2021.

⁴⁰ Cinsiyet açısından nötr kotalar (gender neutral quotas) için bkz. Dahlerup Drupe-Freidenvall Lenita, "Gender Quotas in Politics-A Constitutional Challenge" in: Williams S.H. (Ed.), Constituting Equality- Gender Equality and Comparative Constitutional Law, Cambridge-2009, (Gender Quotas), s. 33 vd.

⁴¹ Kota tanımı yapılırken yazarlar genellikle listeler ya da sandalyeler için bir oran

daki sandalyelerin hangi oranda kadınlara (ya da bir cinsiyete) tahsis edileceğine ilişkin sayısal hedeflerdir.⁴² Bu hedef yüzde yirmi, otuz, kırk gibi herhangi bir oran olabilir. Rezerve edilen sandalyeler söz konusu olduğunda, oran yerine sayı da belirlenebilir.

Bir diğer tanım uyarınca seçimlere yönelik cinsiyet kotaları, parlamento seçimlerine ilişkin olarak kadınlar ya da belirli bir cinsiyet için adaylık, aday adaylığı⁴³ veya temsilci düzeyinde gereken minimum oranı ya da sayıyı belirleyen hukuki düzenleme ile getirilen (yasal) veya siyasi partilerin iradeleriyle (gönüllü olarak/voluntary) ortaya konan önlemlerdir.⁴⁴

Belirtmek gerekir ki belirli bir oranda cinsiyet kotası konulmasının yanı sıra bazı ülkeler temsilde tam eşitliğin sağlanmasına/ pariteye yönelik düzenlemeler yapmıştır.⁴⁵ Doktrinde, paritenin yüzde elli oranlı kota uygulaması olduğu belirtildiği gibi,⁴⁶ bu uygulamanın kotadan farklı kendine özgü bir önlem olduğu da ortaya konmaktadır.⁴⁷ Kanatimizce parite ya da temsil için yüzde elli oranın belirlenmesi de kota kapsamında yer almaktadır.

konulmasında bahsederler. Oysaki liste, kural olarak, nispi temsil sistemi içinde söz konusu olur. Listeli çoğunluk sistemi, adaletsiz sonuçlar doğurduğu için, istisnai olarak uygulanmakla birlikte, bu sistemde de liste söz konusu olur. Tek isimli tek türlü çoğunluk sisteminde ise, liste söz konusu olmayacağından, seçim çevrelerinin bazılarının kadınlara ayrılması söz konusu olur. Bu bağlamda, sadece listeler üzerinden yapılan kota tanımları eksik kalmaktadır. Sadece listeler ve sandalyeler üzerinden yapılan kota tanımı için bkz. Dahlerup Drude-Hilal Zeina-Kalandadze Nana-Kandawasvika Nhundu Rumbidzai, *Atlas of Electoral Gender Quotas*, International IDEA, Stockholm-2013, s. 16.

⁴² Dahlerup/Hilal/Kalandadze/Kandawasvika/Nhundu, s. 16.

⁴³ Aday adaylığına ilişkin kotalar genellikle siyasi partiler tarafından konulur ve çoğunluk sistemlerinde söz konusu olurlar. Drude Dahlerup, "Electoral Gender Quotas: Between Equality of Opportunity and Equality of Result", *Journal of Representative Democracy*, Y. 2007, V. 43, N. 2, (Electoral), s. 82. Çünkü, tek adayın gösterildiği dar bölge çoğunluk sistemleri içinde, bir seçim çevresi içinde adaylara ilişkin kota konulması mümkün değildir.

⁴⁴ Dahlerup, *Electoral*, s. 78, 79.

⁴⁵ Eric Millard, "Constituting Women, The French Ways" in: Baines B.-Rubio Marin R. (Ed.), *The Gender of Constitutional Jurisrudence*, Cambridge-2004, s. 134; Rodriguez Ruiz Blanca-Rubio Marin Ruth, "The Gender of Representation: On Democracy, Equality and Parity", *International Journal of Constitutional Law*, V. 6, N. 2, Y. 2008, s. 287 vd, 313, 314.

⁴⁶ Rainbow Murray, *Parties, Gender Quotas and Candidate Selection in France*, Great Britain- 2010, s. 1.

⁴⁷ Fransa'da parite, kotalara alternatif bir sistem olarak önerilmiştir. Bkz. Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 287, 292; Millard, s. 134; Noelle Lenoir, "The Representation of Women in Politics: From Quotas to Parity in Elections", *International Comparative Law Review*, V. 50, I. 2, Y. 2001, s. 217 vd.

III. Cinsiyet Kotası Türleri ve Uygulamaları

1. Kota Türleri

Kotalar öncelikle Anayasalarda düzenlenen kotalar, kanunların öngördüğü kotalar ve siyasi partilerin gönüllü olarak uyguladığı kotalar olarak tasnif edilebilir.⁴⁸ İlk iki kota biçimi hukuki düzenleme ile getirilen (yasal)⁴⁹ kotalar olarak adlandırılmaktadır.⁵⁰

Bu bağlamda iki temel kota türü bulunmaktadır:⁵¹ Hukuki düzenleme ile getirilen kotalar ve siyasi parti kotaları.

a) Hukuki Düzenleme ile Getirilen (Yasal) Kotalar

Hukuki düzenleme ile getirilen kotalar⁵² siyasi partiler açısından bağlayıcıdır ve kotaya ilişkin kurallara uyulmadığında devletin yaptırım uygulayabilmesini mümkün kılmaktadır.⁵³ Bu kota türünün iki alt çeşidi bulunmaktadır.

i) Hukuki Düzenleme ile Getirilen Aday Kotaları

Hukuki düzenleme ile getirilen aday kotaları⁵⁴ söz konusu oldu-

⁴⁸ Dahlerup/Freidenvall, Gender Quotas, s. 32; Drude Dahlerup, "Quotas are Changing the History of Women" in: Ballington J. (Ed.), The Implementation of Quotas: African Experiences, Quota Report Series, IDEA, Sweden-2004, (Quotas), s. 18.

⁴⁹ Bu kota türü için İngilizce'de "legal (legislated) quotas" ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Freidenvall Lenita-Dahlerup Drude, Electoral Gender Quota Systems and Their Implementation in Europe, European Parliament, Directorate General For Internal Policies, Brussels-2013, (Quota Systems), s.12; Dahlerup/Freidenvall, Gender Quotas, s. 33.

⁵⁰ Dahlerup/Freidenvall, Gender Quotas, s. 33.

⁵¹ Freidenvall/Dahlerup, Quota Systems, s. 6. Bu bağlamda kotalar üçlü tasnife de tabi tutulmaktadır. Söz konusu tasnif şu şekilde yapılmaktadır: Hukuki düzenleme ile öngörülen aday kotaları, rezerve edilen sandalyeler ve siyasi parti kotaları. Bkz. Dahlerup/Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 16.

⁵² Bu kota türü için İngilizce'de "legal (legislated) quotas" ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Freidenvall/Dahlerup, Quota Systems, s.12; Dahlerup/Freidenvall, Gender Quotas, s. 33.

⁵³ Dahlerup/Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 23, 24.

⁵⁴ Bu kota türü için İngilizce'de "legal (legislated) candidate quotas" ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Freidenvall /Dahlerup, Quota Systems, s.12; <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/legislative-overview>, 01.12.2021; Dahlerup/Hilal/ Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 23. Aday listelerine ilişkin kota için bkz. Zafer Gören, "Kota Düzenlemelerinin Anayasaya Uygunluğu", *Anayasa Yargısı*, Y. 1999, C.16, s. 383.

ğunda, Anayasa ve/veya yasayla,⁵⁵ aday listelerinde ya da seçim çevrelerindeki adaylıkların toplamında belirli bir oranda kadın (ya da bir cinsiyetten) aday olması öngörülür.⁵⁶

Bu kota çeşidinde Anayasa ve/veya yasa ile⁵⁷ kotaya ilişkin düzenleme yapılması söz konusudur.⁵⁸ Bu bağlamda, açık anayasal düzenlemeye paralel olarak yasa çıkaran ülkeler olduğu gibi, anayasal düzenleme olmadan kotalara ilişkin yasaları bulunan ülkeler de bulunmaktadır.⁵⁹ Hukuki düzenleme ile getirilen aday kotaları kapsamında açık anayasal düzenlemesi bulunup da henüz yasa çıkartmamış tek ülke Kazakistan'dır.⁶⁰

Anayasa ve/veya yasa ile parlamento içindeki en az bir Meclis için aday kotası öngören ülke sayısı altmış ikidir.⁶¹ Hukuki düzenleme ile getirilen aday kotalarının kabul edilmesinde Latin Amerika ülkeleri öncü olmuştur. Kotalara ilişkin ilk düzenleme yapan ülke Arjantin'dir. Arjantin'de 1990 öncesi yaklaşık yüzde altı olan kadın temsil oranı, 1991 de yasal kotaların benimsenmesinin ardından 1995'te yüzde yirmi beşe, 2005'te yüzde otuza, 2007'de yüzde kırka, 2022'de yüzde kırk dörde çıkmıştır.⁶² Bu kota çeşidine yer veren ülkelerin dünya genelindeki kadın temsilci oranı yüzde 28,7'dir.⁶³

⁵⁵ Freidenvall/Dahlerup, Quota Systems, s. 8, 12.

⁵⁶ Dahlerup/Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 23; Freidenvall/Dahlerup, Quota Systems, s. 13.

⁵⁷ Dahlerup/Freidenvall, Gender Quotas, s. 29, 31; Freidenvall/Dahlerup, Quota Systems, s. 8, 12.

⁵⁸ Freidenvall/Dahlerup, Quota Systems, s. 12; Dahlerup/Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 23.

⁵⁹ Örneğin; Arjantin, Ekvator Cumhuriyeti, Meksika, Nikaragua, Sırbistan, Güney Sudan, Tunus ve Fransa'da hem anayasal hem de yasal düzenleme bulunmakta; Arnavutluk, Ermenistan, Belçika, Bolivya, Bosna Hersek, Brezilya, Burkino Faso, Costa Rika, Endonezya, İrlanda, Karadağ, Moldova, Panama, Polonya, Uruguay, Venezuela, İspanya'da ise sadece yasal düzenleme bulunmaktadır.

⁶⁰ <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/country-view/167/35>, 04.01.2022

⁶¹ <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/legislative-overview>, 03.01.2022.

⁶² Dahlerup/Freidenvall, Gender Quotas, s. 40. Arjantin'de kotalara ilişkin yapılan yasal düzenlemenin ardından, yasanın Anayasaya uygunluğu konusunda tartışmalar yaşanmış ve son tahlilde 1994 yılında Anayasa değişikliği yapılmıştır. Arjantin'de hem parti listelerinde kadınların yüzde otuz oranında seçilmelerini sağlamak amacıyla kotaya yer vermeleri öngörülmekte hem de bu şartı sağlama-yan siyasi partilerin listelerinin onaylanmamasına ilişkin yaptırım bulunmaktadır.

⁶³ <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/legislative-overview>, 03.01.2022.

ii) (Hukuki Düzenleme ile Getirilen) Rezerve Edilmiş Sandalyeler

Bu kota türü⁶⁴ söz konusu olduğunda, Anayasa ve/veya yasa ile parlamentodaki belli bir sandalye sayısı ya da oranı kadınlar (ya da az temsil edilen cinsiyet için) için ayrılır.⁶⁵ Bu kota çeşidi yoluyla -hukuki düzenleme ile getirilen aday kotalarından veya siyasi partilerin gönüllü olarak uyguladıkları kotalardan farklı olarak- öngörülen kota oranında kadın temsilci seçilmesi sağlanır. Çünkü aday oranı değil, seçilecek milletvekili oranı/sayısı kota ile belirlenir.⁶⁶

Rezerve edilmiş sandalye öngören ülkelerin bir kısmında açık anayasal düzenleme doğrultusunda çıkarılan yasal düzenleme bulunmakta bazılarında ise sadece yasa ile kota öngörülmektedir.⁶⁷ Bazı ülkelerde ise rezerve sandalyeler Anayasada düzenlenmekte ve ayrı bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.⁶⁸

Rezerve edilmiş sandalyeler, en az tercih edilen kota türüdür. Daha çok Afrika, Güney Doğu Asya ve Arap ülkelerinde görülmektedir.⁶⁹ Parlamento içindeki en az bir Meclis için sandalye rezerve edilmesini öngören ülke sayısı yirmi altıdır. Bu ülkelerin toplamının kadın temsilci oranı yüzde 26,7'dir.⁷⁰ Rezerve edilmiş sandalye yöntemini uygulayan Ruanda dünyada kadın temsiline en yüksek olduğu ülkedir. Ruanda'da kadınların temsili, öngörülen rezerve edilmiş sandalye sayısını oldukça aşmıştır.⁷¹

⁶⁴ Bu kota türü için İngilizcede "legal (legislated) reserved seats" ifadesi kullanılmaktadır. Bu kota türü kural olarak hukuki düzenleme bulunmadan uygulanamaz. Bu yüzden "sadece rezerve edilmiş sandalyeler" olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Freidenvall/Dahlerup, Quota Systems, s.12; <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/legislative-overview>, 01.12.2021; Dahlerup/Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 19.

⁶⁵ Gören, Pozitif, s. 14; Dahlerup/ Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 16.

⁶⁶ Dahlerup/Freidenvall L., Gender Quotas, s. 49.

⁶⁷ Örneğin, Uganda, Irak, Brundi'de hem anayasal hem yasal düzenleme yer almakta, Guyana, Ürdün, Sudan ve Çin'de ise sadece yasal düzenleme bulunmaktadır. <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/reserved-overview>, 01.01.2022.

⁶⁸ Bu ülkeler: Bangladeş, Mısır, Esvatini, Haiti, Kenya, Pakistan, Zimbabwe'dir. <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/reserved-overview>, 01.01.2022.

⁶⁹ Dahlerup/Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 25.

⁷⁰ <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/reserved-overview>, 23.01.2021.

⁷¹ Ruanda'da kadınlara ayrılan sandalye oranı yüzde otuzdur. Kadın parlamenter oranı ise, Millet Meclisinde yüzde altmış bir, Senatoda yüzde otuz dördtür.

b) Siyasi Parti Kotaları (Siyasi Partilerin Gönüllü Olarak Uyguladıkları Kotalar)

Bu kotalar, siyasi partilerin kendi iradeleriyle/gönüllü olarak uygulanır ve çoğu kez siyasi partilerin kendi iç düzenlemelerinde bulunmaktadır. Bir ülkede söz konusu kota çeşidinin bulunması için, en az bir siyasi partinin gönüllü/iradi olarak kota uygulaması gereklidir.⁷²

Genel olarak siyasi parti kotaları, hukuki düzenleme ile getirilen kotaların bulunmadığı ülkelerde görülmekle birlikte (örneğin, İsveç), Anayasa ve/veya yasa ile kota getiren ülkeler ile siyasi partilerin gönüllü olarak kota koydukları ülkeler bazen kesişebilmektedir. Bunun nedeni hukuki düzenlemeyi aşan kota oranlarının bazı siyasi partiler tarafından benimsenebilmesi ya da bir Meclis için öngörülen düzenleme ile getirilen kotaların siyasi partiler tarafından daha geniş uygulanabilmesidir. Örneğin, Brezilya’da yasa ile öngörülen siyasi parti kotası bulunmakla birlikte, yasal kota oranını çok aşmış kendi iradesi ile yüzde elli oranında kota öngören bir siyasal parti (İşçi Partisi) bulunmaktadır. Altmış bir ülkede en az bir parti kendi iradesi ile cinsiyet kotası öngörmüştür.⁷³

Ruanda’da kadın temsil oranının son derece yüksek olmasının en önemli nedeni 1994 yılında yaşanan soykırım sonrasında kadın nüfusunun oranının yüzde 60-70’lere çıkmış olmasıdır. Soykırımın ardından, kadınlar kendi inisiyatifleri ile siyasete katılmamıştır; öncelikle, Devlet Başkanının çağrısı ile kadınların siyasete katılımı teşvik edilmiştir. Kotalar, Ruanda’da 2003 yılında Anayasal düzeyde kabul edilmiştir. Anayasal düzeyde öngörülen yüzde otuz kotaların yanı sıra, siyasal partilerin kadın adayları listelerde seçilebilir yerlere koyması da kadın temsil oranını arttırmaktadır. Ayrıca kadın sivil toplum örgütleri, kadınları siyaset alanında desteklemektedir. Kadınların siyasete katılım oranının artmasıyla birlikte, kadınlar lehine pek çok yasa çıkarılmıştır ancak kadınların toplumsal cinsiyet rollerinin çok fazla değişmediğini söylemek mümkündür.

<https://www.npr.org/sections/goatsandsoda/2016/07/29/487360094/invisibilia-no-one-thought-this-all-womans-debate-team-could-crush-it>, 21.06.202; Claire Devlin-Robert Elgie, “The Effect of Increased Women’s Representation in Parliament: The Case of Ruanda”, *Parliamentary Affairs*, V. 61, N. 2, Y. 2008, pp. 237-254; Julie Ballington (Ed.), *The Implementation of Quotas: African Experiences*, Quota Report Series, IDEA, Stockholm-2004, s. 79.

72
73

Dahlerup/Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 16.
<https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/voluntary-overview>, 08.09.2021; İsveç’te bazı siyasal partiler kendi iradeleriyle kota koymaktadır. İsveç henüz 1970’lerin sonunda yaklaşık yüzde yirmi beş oranda kadın temsilini sağlamıştı ve kadın temsil oranı açısından en önde gelen ülkeydi. Bu kadar yüksek oranda temsili sağlanmasıyla, 1980’lerin başından itibaren kadın parlamenterler, kendi partileri içinde kota ve fermuar usulü için mücadele etmişlerdir ve bazı partiler iradi olarak kotaları benimsemiştir. Bununla birlikte İsveç’te siyasi partilerin aday listelerinde her ikinci yerin kadınlara verilmesi şeklinde ilkeye uyması (fermuar usulü) kamuoyu tarafından kota olarak dahi görülmemektedir. Belirt-

Siyasi partilerin gönüllü olarak koydukları kotalar kural olarak aday listelerine ilişkin olabilir (örneğin, İsveç, Norveç) ya da tek isimli çoğunluk sistemi uygulanıyor ise kadın aday havuzundan kota dahilinde belirli çevrelerden kadın aday gösterilmesi şeklinde karşımıza çıkabilir. (Örneğin, İngiltere). Söz konusu kota türü ile sandalye rezerve edilmez; rezerve sandalye usulü ancak Anayasa ve/veya yasa ile öngörülmektedir. Bununla birlikte, istisnai olarak, Fas'ta -Yüksek Mahkemenin kotalara ilişkin önerilen düzenlemeyi reddetmesinin ardından- 2011 tarihli rezerve sandalyelere ilişkin yasal düzenlemeden önce, siyasi partiler kendi aralarında anlaşarak, özel bir ulusal liste yoluyla 30 sandalyeyi kadınlara ayırmıştı.⁷⁴

Anayasa ve/veya yasa ile öngörülen kotalarla ülkedeki tüm siyasi partiler için bağlayıcı kurallar getirilmesi ve tüm partilere yönelik yaptırımların uygulanması mümkün iken, siyasi partilerin iç düzenlemeleri ile konan kotalar sadece ilgili parti organları için bağlayıcıdır.⁷⁵ Bu kota türü söz konusu olduğunda, ülke düzeyinde siyasi partileri bağlayan kurallar ve yaptırımlar bulunmamaktadır.⁷⁶

Siyasi partilerin gönüllü olarak uyguladıkları kotaların etkili olması için kota öngören siyasi partinin kendi koyduğu kurala uyma konusunda disiplin göstermesi, kurumsallaşma sağlaması ve kadınların/az temsil edilen cinsiyetin seçilebilmesi için ek kurallar getirmesi gereklidir.⁷⁷ (kadınların desteklenmesi, eğitilmeleri, yüksek kota oranı, listede yer alma sıralarına ilişkin kurallar gibi).

Siyasi parti kotaları ağırlıklı olarak Avrupa'da görülmektedir. Kota denilince öncelikle akla gelen İskandinav ülkelerinde gönüllü olarak konulan kotaların ilk örnekleri görülmüştür ve bu ülkelerde kadın

mek gerekir ki bu sistem radikal bir kota sistemidir ve genellikle yüzde elli ya da yüzde elliye yakın cinsiyet dengesinin sağlanmasına yol açar. Dahlerup, Quotas, s. 18. Drude Dahlerup, "Comparative Studies of Electoral Gender Quotas", paper presented at International IDEA Workshop, Lima, Peru, 23-24. 04. 2003, (Comparative), s. 13, <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.493.5085&rep=rep1&type=pdf>. 05.01.2022.

⁷⁴ Dahlerup/Freidenvall, Gender Quotas, s. 34.

⁷⁵ Dahlerup /Freidenvall, Gender Quotas, s. 32.

⁷⁶ Stina Larserud-Rita Taphorn, Designing for Equality, Best Fit, Medium Fit and Non Favourable Combinations of Electoral Systems and Gender Quotas, Sweden-2007, s. 8.

⁷⁷ Dahlerup/ Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 29.

temsil oranı kotalarla daha yukarılara taşınmıştır.⁷⁸ Günümüzde ayrıca, Namibya, Güney Afrika, Yeni Zelanda ve Mozambik'te siyasi partilerin koydukları kotalarla çok yüksek temsil oranları yakalanmıştır.⁷⁹

Siyasi parti kotası uygulamasına örnek ülke olan İsveç'te uzun yıllar en yüksek kadın temsil oranları görülmüştür. Bugün İsveç; Ruanda ve diğer on ülkenin ardından en yüksek temsil oranı on ikinci olan ülkedir.⁸⁰ Günümüzde Kuzey Avrupa ülkelerinin kadın temsil ortalaması yüzde kırk dördtür ve bu oran dünya genelindeki en yüksek bölgesel orandır. Bu yüksek oranın sağlanmasında, siyasi parti kotalarının yanı sıra toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmış olması gibi başka dinamikler de etkili olmuştur.⁸¹

Türkiye'de siyasi parti kotaları bulunmaktadır; bazı siyasi partiler iç düzenlemelerinde cinsiyet kotası öngörmektedir.⁸² Ülkemizde parlamentoda kadın temsil oranı yüzde 17,3'tür ve bu oran dünya ortalamasının çok altındadır. Türkiye dünyada kadın temsil oranı sıralamasında yüz otuz ikinci sıradadır.⁸³

⁷⁸ Dahlerup, Quotas, s. 45; Örnek ülkeler: İsveç, Norveç ve İzlanda'dır.

⁷⁹ Anayasal ve/veya yasal kotaya yer vermeyen bu ülkeler, siyasi partilerin koydukları kotalarla yakaladıkları yüksek temsil oranlarıyla ilginç örnek oluşturmaktadır. Namibya'da 2013 tarihinde iktidar partisi (SWAPO) kota uygulamaya başlamıştır. Kota oranı yüzde ellidir. 2022 itibarıyla Namibya yüzde kırk altı kadın temsil oranıyla dünyada on yedinci sıradadır. Güney Afrika'da ise ANC Partisi yüzde elli oranında kota uygulamaktadır ve Güney Afrika'da kadın temsil oranı yüzde kırk altıdır. Yeni Zelanda'da iki siyasi parti kadın kotası uygulamaktadır ve ülke genelinde yüzde kırk dokuz kadın temsil oranı bulunmaktadır. Mozambik'te bir siyasi parti kota uygulamaktadır ve ülke genelinde kadın temsil oranı yüzde kırk ikidir. <https://data.ipu.org/women-ranking?month=1&year=2022>, 01.01.2022.

⁸⁰ <https://data.ipu.org/women-ranking?month=1&year=2022>, 01.01.2022.

⁸¹ Kadınların eğitim düzeyinin yüksekliği ve iş yaşamına geniş katılımları gibi.

⁸² Cumhuriyet Halk Partisi Tüzüğü'nün 61/a maddesinde yüzde otuz üç oranında cinsiyet kotası bulunmaktadır. Madde uyarınca "Partinin katıldığı milletvekili genel seçimlerinde merkez yoklaması yoluyla belirlenecek adayların saptanmasında Parti Meclisi seçiminde, il, ilçe, belde yönetim organlarının seçiminde, il genel meclisi ve belediye meclisi üyelikleri için adayların saptanmasında, kongre ve kurtlay delegesi seçimlerinde en az yüzde otuz üç (33) cinsiyet kotası uygulanır." HDP, aday gösterme sürecinde yüzde elli kota uygulamaktadır. Parti tüzüğü madde 3/e uyarınca "Tüm karar alma mekanizmalarında kadınlar lehine en az eşit temsili esas alır ve uygular."

İYİ Parti Tüzüğü'nün 13. maddesinde yüzde yirmi beş kadın kotası öngörülmektedir.

Demokrasi ve Atılım Partisi (DEVA) Tüzüğü'nün 77. maddesinde milletvekili seçimleri için yüzde otuz beş kadın kotası öngörülmektedir.

⁸³ <https://data.ipu.org/women-ranking?month=1&year=2022>

2. Farklı Kota Uygulamaları

Kota uygulaması bulunan ülkelerin önemli bir bölümünde, *kadınlar için* belli bir oran/sayı öngörülmektedir. Bazı ülkelerde ise *cinsiyet açısından nötr*⁸⁴ kotalar konulmaktadır. (Örneğin, belli bir cinsiyetin adaylarının listelerde belli bir orandan fazla yer alamaması gibi). Latin Amerika ülkelerinde genellikle cinsiyet açısından nötr düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler özellikle ayrımcılık yapıldığı iddiası ile kotalara karşı çıkanların argümanlarına karşı bir strateji olarak da görülebilir.⁸⁵

Kotalar kadınların ya da bir cinsiyetin belirli bir oranda temsil edilmesini öngörmektedir. Bu oran yüzde elliye kadar çıkmaktadır ki yüzde elli söz konusu olduğunda *parite/eşit* temsil/*parite* kotalar söz konusu olur.⁸⁶ Pariteyi savunanlar, kota öngörülmesinin, fermuar sistemi kabul edilmediği sürece, kadınların seçilme oranlarını istenildiği kadar arttırmayacağını belirtirler. Kota olsa bile, her zaman kadınların listenin altına konma ihtimali olacaktır.⁸⁷ Parite öngörülmesi yapısı gereği cinsiyet açısından nötr bir düzenlemedir.⁸⁸ Paritenin ilk uygulandığı ülke Fransa'dır.⁸⁹

Kota düzenlemelerinde oran öngörülmesinin yanı sıra, bu düzenlemeler ile kadınlara listede nerede yer verileceğinin belirlenip belirlenmemesi de önem taşımaktadır. Örneğin yüzde otuz kota öngörülen bir sistemde, liste sıralamasına ilişkin kural konulmadığında, kadınlara

⁸⁴ Cinsiyet açısından nötr (gender neutral quotas) için bkz. Cinsiyet açısından nötr kotalar (gender neutral quotas) için bkz. Dahlerup/Freidenvall, *Gender Quotas*, s. 33 vd; Thin Thin Aung-Susan H. Williams, "Women in the Constitutional Drafting Process in Burma" in: Williams S.H. (Ed.), *Constituting Equality-Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Cambridge-2009, s. 286.

⁸⁵ Dahlerup, *Quotas*, s. 14.

⁸⁶ 1995 yılında Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı'nda kadınların temsili için yüzde otuz oran hedef olarak belirlenmişti. Ancak zaman içinde bu hedef bazı ülkelerde yüzde elliye çıkartılmıştır. Bu trend 2000'lerin başlarında başlıca Fransa, Belçika, Portekiz gibi ülkelerde ortaya çıkmış; Bolivya, Kosta Rica ve Ekvator bu ülkeleri takip etmiştir. Afrika ülkelerinde de kampanyalar yürütülmüş, ardından Afrika'da Senegal'de, Arap ülkelerinde ise Tunus'ta parite yasalaşmıştır. *Women in Parliament: 20 Years in Review*, Inter-Parliamentary Union, Genova-2015, (Women in Parliament: 20 Years), s. 13.

⁸⁷ Lenoir, s. 241. Pariteyi savunanlara göre, oran öngören kotalar kadınların bağımlılığını sürdürecektir ve ancak temsilde tam eşitliğin sağlanması ile kadınlar parlamentoda fark yaratabilirler. Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 313, 314.

⁸⁸ Dahlerup, *Comparative*, s. 12.

⁸⁹ Millard, s. 134.

rın liste sonuna atılarak seçilememeleri gerçekleşebilir.⁹⁰ Bu bağlamda, *çift kota* söz konusu olduğunda, yasal düzenleme ya da parti içi kural, kadınların siyasi parti listesinde hem belli bir oranda bulunmasını hem de yerini belirlemektedir. (Örneğin, Arjantin, Meksika, Bolivya, Kosta Rika, Namibya, Belçika).⁹¹ Bunun yanı sıra bazı ülkelerde kotalar yaptırım veya teşvik ile desteklenmekte; bazılarında yaptırım ve teşvik unsuru bulunmamaktadır.

Kotaların uygulanması sürecinde adaylık sürecindeki kotalar ve sonuçlara dayalı kotalar ayrımı da yapılabilir.⁹² Adaylık sürecindeki kotalarda, listelerde ya da seçim çevrelerinde kadınlar belli oranda yer alırken, sonuçlara dayalı kotalarda, kadınlara belli bir sayı ya da oranda sandalye ayrılmaktadır.

Bu bağlamda, adaylık sürecindeki kotalar söz konusu olduğunda, nispi temsil sistemi içinde siyasi partiler seçim çevreleri için listeler oluşturur. Bu sistemde liste içindeki belli oran kadınlara (ya da az temsil edilen cinsiyete) ayrılır. Tek isimli çoğunluk sistemi içinde ise siyasi partilerin liste oluşturması söz konusu değildir ve bu seçim sistemi içinde kota uygulaması, seçim çevrelerinin belli bir oranında kadın aday gösterilmesi şeklinde karşımıza çıkar.⁹³ Listeli çoğunluk sistemi ise adaletsiz sonuçlar doğurduğu için, çok istisnai olarak uygulanan bir sistemdir. Kota uygulaması olduğunda, listenin belli bir oranı kadınlara ya da az temsil edilen cinsiyete ayrılır.⁹⁴

Sonuçlara dayalı kota uygulayan ülkelerin bazılarında kadınların listeleri ayrıdır.⁹⁵ (Örneğin; Ruanda, Uganda, Fas). Bazılarında belirli bölgelerden yalnızca kadın aday çıkarılır. (Örneğin, yerel seçimler için

⁹⁰ Larserud/Taphorn, s. 8.

⁹¹ Dahlerup, Quotas, s. 19; <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/quotas>.

⁹² Larserud/Taphorn, s. 8, 9.

⁹³ Fransa'da Millet Meclisi seçimlerinde tek isimli çoğunluk sistemi uygulanmakta ve en fazla yüzde iki sapma ile seçim çevrelerinden eşit sayıda kadın ve erkek aday gösterilmesi öngörülmektedir.

⁹⁴ Ör. Fransa'da Senato seçimlerinde en fazla iki aday çıkan seçim çevrelerinde iki turlu olarak uygulanır. Yasa uyarınca, liste içinde her iki cinsiyetten adaya yer verilmesi söz konusudur. <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/country-view/86/35>, 04.08.2021.

⁹⁵ Dahlerup/Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 26.

Hindistan). Bir diğer sonuçlara dayalı kota biçimi ise “kaybedenler içinde en iyisi sistemi”dir (best loser system).⁹⁶ Bu sistemde kadınlar için ayrılan sandalye kotasının doldurulmasını sağlamak üzere, erkek adaylardan az oy bile olsa kadın adaylar arasında en fazla oy alan kadınlar seçilmiş sayılır.⁹⁷ Bir diğer deyişle, seçim çevrelerinde en çok oy almış olup seçilemeyen belli sayıda kadına sandalye tahsis edilir. (Örneğin, Ürdün). Bazı ülkelerde ise seçimlerden sonra siyasi partilere kotaların doldurulması hakkı verilir. (Örneğin; Tanzanya, Zimbabve, Pakistan). Sözü edilen son yöntemde seçime katılmamış kadınların temsilci olması söz konusu olur ki seçimden gelen meşruiyet söz konusu olmadığı için, bu uygulama ideal bir yöntem olarak değerlendirilmemektedir.⁹⁸

IV. Kotaların Aleyhine ve Lehine Görüşler

Kotalar aleyhine ileri sürülen temel görüşler birkaç ana başlık altında toplanabilir:

En belirgin görüş, kotaların eşitlik ilkesini ihlal etmesi ve erkeklerle karşı adaletsizlik yaratmasıdır.⁹⁹ Kotalara karşı çıkanlar şekli eşitlik anlayışı uyarınca, kanunların genel olması gerektiğini ve her iki cinsiyetin -farklılıkları göz önüne alınmadan- eşit muamele görmesini savunmaktadır. Şekli eşitlik anlayışında özel önlemler yoluyla dezavantajlı kişilerin desteklenmesi söz konusu değildir. Cinsiyet kotalarına karşı çıkanlar, kota konulması için herhangi bir haklı neden de görmemektedir.¹⁰⁰

Bu bağlamda, kotaların, daha nitelikli erkekler yerine, niteliği daha düşük kadınların seçilmesine yol açtığı belirtilmektedir. Burada nitelikten kastedilen, daha seçilebilir olma özelliklerinin gösterilmesi ya

⁹⁶ Larserud/Taphorn, s. 22.

⁹⁷ Larserud/ Taphorn, s. 9.

⁹⁸ Dahlerup/ Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 26.

⁹⁹ SusanWilliams, Equality, “Representation and Challenge to Hierarchy: Justifying Elictoral Quotas for Women” in: Williams S.H. (Ed.), Constituting Equality - Gender Equality and Comparative Constitutional Law, Cambridge-2009, s. 55; <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/quotas>

¹⁰⁰ Şekli ve madde eşitlik anlayışları için bkz. Tijen Dünder Sezer, “Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 2009, S. 3, s. 133 vd; Williams, s. 58.

da partinin amaçlarını gerçekleştirmek için daha etkili olunmasıdır.¹⁰¹ Kotaların adaylık için rekabeti engellediği de ileri sürülmektedir.¹⁰²

Bu eleştirilerin yanı sıra, kimin seçileceğine oy verenlerin karar vermesi gerektiği için, kotaların demokratik olmadığı ve liberal demokrasinin ilkelerine aykırı olduğu belirtilmektedir. Ayrıca, kotaların parti organizasyonunda önemli ihtilaflara yol açtığı vurgulanmaktadır.¹⁰³

Kotalar aleyhine bir başka görüş uyarınca, kadın temsilci seçilmesi otomatik olarak kadınların çıkarlarını gerçekleştirme sonucunu doğurmamaktadır. Kadınlar, içinde farklılıklar barındıran bir gruptur ve bir kadının salt kadın olduğu için diğer kadınların çıkarlarını savunması söz konusu değildir. Bu görüşe paralel olan bir diğer eleştiri ise kotaların, -düzeltici tedbirler olmakla birlikte- dönüştürücü niteliğinin bulunmaması ve sadece parlamentodaki sayıları değiştirme kabiliyetine sahip olmasıdır.¹⁰⁴

Cinsiyet kotası eleştirilerine karşı ve kotalar lehine şu görüşler ileri sürülmektedir:

Maddi eşitlik anlayışı içinde dezavantajların ortadan kaldırılması amacıyla, farklılıklar dikkate alınmaktadır. Bu anlayış çerçevesinde fiili eşitliğin/sonuçların eşitliğinin sağlanması için özel önlemler alınabilir. Bu bağlamda kotalar eşitliğin istisnası değil, eşitliği sağlamanın bir aracıdır. Kotalar, adil yarışmayı engelleyen yapısal bariyerdir ve kadınlara yönelik ayrımcılık için bir tazminat niteliği taşır.¹⁰⁵ Her ne kadar liberal düşünce içinde kadınlar için kota konulması erkeklere karşı bir adaletsizlik olarak görülse de gerçek şudur ki siyasete katılım konusunda fırsatlar kadınlar ve erkekler için eşit değildir. Temsilci seçilebilmek için söz konusu olan yarışta şartlar da aynı değildir.¹⁰⁶ Kotalar, söz konusu adaletsizlikleri gidermek için bir yöntemdir.¹⁰⁷

¹⁰¹ Williams, s. 55.

¹⁰² Williams, s. 55, 56.

¹⁰³ <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/quotas>, 23.07.2021.

¹⁰⁴ Williams, s. 55, 56.

¹⁰⁵ Drude Dahlerup, *Comparative*, s. 13; Dahlerup, *Electoral*, s. 73.

¹⁰⁶ Dahlerup, *Electoral*, s. 75.

¹⁰⁷ Erkeklerin avantajlarının azaltılması adaletsiz değildir çünkü bu avantajların bizzat kendisi adaletsizdir. Williams, s. 59.

Kadınlar yeterli niteliklere sahip olmadıkları için değil, hâkim toplumsal cinsiyet normları ile kalıp yargılardan dolayı daha az temsilci olabilmektedir;¹⁰⁸ ayrıca, yapılan çalışmalar kota yoluyla seçilen kadınların niteliklerinin erkeklerden düşük olmadığını göstermektedir.¹⁰⁹ Kotalar her halükârda adaylık ve seçilme için rekabeti ortadan kaldıran önlemler değildir. Çünkü, -rezerve edilen sandalyeler dışında- kotalar, belli bir oran öngörse de kadınların söz konusu oranda temsil edilmesini garanti etmemektedir. Bu yüzden listenin ön sıralarında yer alabilmek rekabet ve yarışmayı beraberinde getirir.¹¹⁰ Hatta kotalar yoluyla rekabet fazlaştığı için erkek adayların niteliklerinin arttığı gözlenmiştir.¹¹¹

Kotalar, kimin seçileceğini belirleyen seçmenlerin haklarını ihlal etmez çünkü adayları belirleyen seçmenler değil siyasi partilerdir. Kotalar, siyasi partilerde bazı ihtilaflara sebep olsa da geçicidir.¹¹² Toplumun yarısını oluşturan kadınların deneyim ve anlayışlarının yönetimden dışlanması, demokrasi açısından da eksiklik oluşturacaktır. Kadınlar nüfusun yarısını oluşturdukları için temsilciliklerin yarısına sahip olma hakları bulunmaktadır.¹¹³

Kadınlar kendi içlerinde farklı çıkarları savunup farklı deneyimlere sahip olabilirler ancak yine de kadınların erkeklerden farklı ortak özellikleri, çıkarları ve deneyimleri vardır.¹¹⁴ Kotalar sayesinde kadınların daha fazla temsil edilmesiyle birlikte, siyasetin yapısı değişerek, kadınlara özgü nitelikler daha belirgin hale gelecektir.¹¹⁵ Kadın milletvekillerinin kadınların menfaatlerine yönelik etkili olarak çalışabilmesi için çeşitli engeller bulunduğu bilinmekle birlikte, yine de kadın

¹⁰⁸ Dahlerup/Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 20.

¹⁰⁹ Women in Parliament: 20 Years, s. 12,13

¹¹⁰ Kadınlar için en garantili yöntem olan fermuar sisteminde dahi, liste başında yer almak için bir mücadele gereklidir. Listede belirli yerlerin garanti edilmesi durumunda da aynı cinsiyetten kişilerle rekabet sürmektedir. Kotaların, politikada her daim erkekler arası rekabet durumunu sona erdiren yapısı sebebiyle, adaylık için rekabetin daha fazlaştığı belirtilmektedir. Dahlerup, Electoral, s. 88.

¹¹¹ Women in Parliament: 20 Years, s. 12,13

¹¹² <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/quotas>, 20.07.2021.

¹¹³ Dahlerup, Electoral, s. 73; Dahlerup, Comparative, s. 14.

¹¹⁴ Williams, s. 61.

¹¹⁵ Williams, s. 59. Siyasetin mevcut yapısı içinde siyasetçi deyince akla çatışmacı, kavgayı ön plana alan erkek kişi gelmektedir. Bu kişilerin daha etkili siyaset yaptığı anlayışı yaygındır.

milletvekillerinin erkeklere göre kadınlar lehine yasa çıkartılması konusunda daha aktif olduğu belirtilmektedir.¹¹⁶ Parlamentolarda kadın temsil oranında yüzde otuz eşik aşıldığında, kadın parlamenterlerin kadınlar lehine politika gütmeye etkililikleri de artmaktadır.¹¹⁷

V. Cinsiyet Kotalarının Hukuki Niteliği (Pozitif Ayrımcılık/ Olumlu Eylem/Pozitif Eylem/Geçici Özel Tedbir Biçimi Olarak Kotalar)

1. Genel Olarak

Kotaların aleyhine ve lehine yer verdiğimiz görüşler içinde, aleyhe getirilen en önemli sav, kotaların şekli eşitliğe aykırı olması idi. Maddi eşitlik anlayışı içinde ise, kadınlar gibi dezavantajlı durumda olan kişiler için fiili eşitliğin sağlanması amacıyla ayrıcalık yaratan bazı tedbirler alınabilir. Maddi eşitlik bağlamında, eşitliği sağlamak için alınan önlemler/ tedbirler farklı kavramlarla adlandırılır. Türk hukuk doktrininde önlemler/ tedbirler kapsamında kullanılan en yaygın kavramlardan bir tanesi “pozitif ayrımcılık” tır. Kotalar da dezavantajlı grup olan kadınlar için fiili eşitliliği sağlamayı amaçlayan önlem niteliğindedir ve hukuki nitelik olarak pozitif ayrımcılık kategorisinde değerlendirilmektedir.¹¹⁸

Bu çerçevede kotalar farklı yazarlarca, değişik hukuk sistemlerinde ve hukuki metinlerde “pozitif ayrımcılık” (positive discrimination) kavramı dışında, “pozitif eylem” (positive action), “olumlu eylem” (affirmative action) ya da “geçici özel tedbir” (temporary special measure)¹¹⁹

¹¹⁶ Williams, s. 65.

¹¹⁷ Dahlerup/Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 17.

¹¹⁸ Tanör Bülent-Necmi Yüzbaşıoğlu 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 112; Şeref İba, “Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Kavramları Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği”, *Amme İdaresi Dergisi*, Y. 2006, C.39, S.1, s. 1 vd; Bihlerin Dinçkol, “Kadın Erkek Eşitliği için Pozitif Ayrımcılık”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 4, S.8, 2005/2, s. 103; Zeynep Oya Usal, “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Merceğinden Kadının siyasal Hayata Katılımı ve Bazı Kota Uygulamaları” içinde: Durudoğan H.-Gökşen F.- Oder B.E.-Yükseker D. (Ed.) *Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, İstanbul-2010, s. 173; Ayşe Güneş Ayata-Özlem Gölgeioğlu, “Fırsat Eşitliği mi Sonuçta Eşitlik mi?” 2000’li Yıllarda Kadın Kotası Tartışmaları, içinde: Durudoğan H.-Gökşen F.- Oder B.E.-Yükseker D. (Ed.) *Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, İstanbul-2010, s.149, 156.

¹¹⁹ CEDAW metninde “temporary special measure” olarak geçen kavram Türkçeye “geçici özel önlem” ya da “geçici özel tedbir” olarak çevrilebilir. Genel olarak kul-

olarak da nitelendirilmektedir.¹²⁰ Söz konusu kavramlar zaman zaman birbirinin yerine geçecek şekilde ve eşanlamlı olarak kullanılmakla birlikte; kavramlar arasında, yüklenen anlamlar açısından, farklılıklar bulunmaktadır.¹²¹

Kotalar hukuki nitelik olarak sayılan dört kavramla da nitelendirildiği için, çalışmamızın bu bölümünde ilgili kavramların açıklanmasını ve farklılıklarının ortaya konmasını gerekli görmekteyiz. Aşağıda kotaların hukuki niteliğine ilişkin her bir kavram ana hatlarıyla ele alınmaktadır:

2. Pozitif Ayrımcılık Biçimi Olarak Kotalar

Pozitif ayrımcılık; ters ayrımcılık (reverse discrimination) olarak da adlandırılmaktadır,¹²² ayrıcalıklı uygulamanın otomatik ve koşulsuz biçimidir.¹²³ Pozitif ayrımcılık, fiili eşitliğin sağlanması için ve bu eşitlik sağlanıncaya kadar dezavantajlı gruplar aleyhine katı ve mutlak ayrıcalıklar getirmek anlamı taşımaktadır. Kadınlar söz konusu olduğu, pozitif ayrımcılık, kadın ve erkek arasında fiili/gerçek eşitliğin sağlanması amacıyla mutlak ayrıcalıklar getirilmesi anlamına gelir.

Siyaset alanında uygulanan cinsiyet kotaları katı ve mutlak ayrıcalıklar getirdiği için, pozitif ayrımcılık olarak kabul edilir.¹²⁴ Çeşitli hukuk sistemlerinde ve doktrinde pozitif ayrımcılık tartışmalı bir kav-

landığımız “önlem” kavramı ile karışmaması için, “geçici özel tedbir” ifadesini tercih ettik.

¹²⁰ Williams, s.58; Goran Selanec-Linda Senden, Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice Between Men and Women, including Company Boards, European Commission, 2012, (Positive), s. 5.

¹²¹ Sözü edilen kavramlar benzer içerik taşımakla birlikte, ait oldukları hukuksal ve toplumsal temellerden kaynaklanır.

^Marc De Vos, Beyond Formal Equality, Positive Action Under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, European Commission, Belgium- 2007, s. 12.

¹²² De Vos, s. 12.

¹²³ Lisa Waddington- Mark Bell, “Exploring The Boundries of Positive Action Under EU Law: A Search For Conceptual Clarity”, *Common Market Law Review*, Y. 2011, N. 48, (Exploring), s. 1508.

¹²⁴ Pippa Norris, “Breaking Barriers: Positive Discrimination Policies for Women”, in: Klaussen J.- Maier C.S. (Ed.) , *Has Libaralism Failed*, New York-2001, s. 89 vd., Anne Levade, Positive Discrimination and the Principle of Equality in French Law, *Pouvoirs*, Y. 2004, V.111, N. 4, s. 67; Ebru Karaman, Eşitlik İlkesi Çerçevesinde Siyasi Partilerde Kadın Kotası, İstanbul-2016, s. 118; Pozitif ayrımcılık için ayrıca bkz. İba, s. 1 vd.; Şafak Evran Topuzkanamış, “1982 Anayasasında ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kadın”, *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 2019, S. 69, s. 52.

ramdır; her hukuk sisteminde kabul edilmemektedir.¹²⁵ Bu çerçevede, diğer pozitif ayrımcılık biçimleri gibi kotalar da tartışmaları beraberinde getirmiş, yargısal kararlara konu olmuştur; ancak günümüzde parlamento seçimlerinde cinsiyet kotaları büyük ölçüde üzerinde uzlaşılan bir kavram niteliği almıştır.

Avrupa Konseyi (AK) Parlamenterler Meclisi, 2010 tarihli “Seçim Sistemleri Yoluyla Kadın Temsilinin Arttırılması” başlıklı Tavsiyesi ile¹²⁶ Bakanlar Komitesi’nden, kadın temsiline arttırılması için, *pozitif ayrımcılık önlemleri* alma konusunda devletleri teşvik etmesini istemektedir. Ayrıca, söz konusu Tavsiye çerçevesinde Bakanlar Komitesinden, içinde *pozitif ayrımcılık önlemlerine* de yer verilen, kadın erkek eşitliğine ilişkin AİHS’ye ek bir protokol için çalışma yapılması istenmiştir.

3. Olumlu Eylem Biçimi Olarak Kotalar

Olumlu eylem kavramı, ağırlıklı olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde (ve Kanada’da) kullanılmaktadır. Ancak bazı BM belgelerinde ve Avrupa’da da bu kavrama yer verilmektedir. Olumlu eylem, kotalar gibi ayrıcalıklı uygulamanın güçlü biçimlerini de içermek üzere farklı önlemleri içeren bir anlayıştır.¹²⁷ Geleneksel sosyal politikalarından farkı, meşruluğunu düzeltici adalet anlayışından almakta oluşudur. Kavram, daha önce ya da mevcut durumdaki uygulamalar sonucunda daha az temsil edilen gruplar lehine, bu grup üyelerinin oranlarını arttırmak amacıyla alınan önlemler olarak da tanımlanabilir.¹²⁸

¹²⁵ Pozitif ayrımcılık, tartışmalı bir kavramdır ve özellikle terimin içinde ayrımcılık ibaresinin yer almasından dolayı eleştirilere tabi olmaktadır. Bu yüzden CEDAW Komitesi gibi bazı yazarlar da kavramı kullanmaktan çekinmektedir. Siyaset bilimci Carol Lee Bacchi’e göre kotalar için pozitif ayrımcılık denmesi bir ayrımcılık yapıldığı intibakı vermektedir ve çok eleştirilen bu kavramın kullanılmasının olumsuz sonuçları bulunmaktadır. Bkz. Freidenvall/Dahlerup, Quota Systems, s. 20.

¹²⁶ Rec 1899 (2010).

¹²⁷ Waddington/Bell, Exploring, s. 1507; International Perspectives on Positive Action Measures, A Comparative Analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa, European Commission, Luxembourg-2009, (International Perspectives), s.25; Siyaset alanında kotanın bir olumlu eylem biçimi olarak tanımlanması konusunda bkz. Dahlerup, Electoral, s. 78.

¹²⁸ Daniel Sabbagh, “Affirmative Action” in: Michel R.-Sajo A. (Ed.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford-2012, s. 1124

Bu bağlamda “*olumlu eylem*”, kota biçimindeki pozitif ayrımcılık önlemlerini de içeren ve daha geniş nitelikte bir kavramdır.¹²⁹ ABD’de olumlu eylem önlemlerin anayasallığı son derece tartışmalı iken, Kanada’da olumlu eylemin Anayasal dayanağı bulunmaktadır.¹³⁰

4. Pozitif Eylem¹³¹ Biçimi Olarak Kotalar

Ağırlıklı olarak Avrupa Hukuku’nda kullanılan pozitif eylem kavramı¹³² (cinsiyet alanında) ele alındığında, kavramın içeriğinin net olmadığı belirtilmekte ve kavramın tanımına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Avrupa Hukuku’nda kavrama ilişkin olarak temelde üç farklı yaklaşım olduğunu ve üç farklı tanım yapıldığını tespit ettik: Birinci tanım, pozitif eylemi en geniş biçimde ele alır. Bu görüş uyarın-

¹²⁹ Pozitif ayrımcılık ve olumlu eylem arasındaki fark ve kotaların pozitif ayrımcılık olarak değil olumlu eylem olarak değerlendirilmesi gereği konusunda bkz. Freidenvall/Dahlerup, *Quota Systems*, s. 20; Sabbagh, s. 1125, 1126: Olumlu eyleme ilişkin önlemler hukuk sistemleri içinde amaçlanan yararlar, yönelinen gruplar, kaynak alınan hukuk normları, gerekçeler, programların biçimine göre farklılaşmakla birlikte, temel olarak bu önlemler üç biçimde karşımıza çıkmaktadır. 1. Do- laylı olumlu eylem: Açıkça nötr olan ancak dezavantajlı grupların yararı için öngörülen önlemler. 2. Destek programı (outreach): Destek programı, işe alma ya da terfi havuzuna daha çeşitli adayları koyacak önlemleri kapsamaktadır. Burada grup üyeliği sınırlı biçimde göz önüne alınmaktadır. Seçileceklerle ilişkin havuz geniş tutulmakta ama seçilme aşamasında ayrıcalık tanınmamaktadır. 3. Pozitif ayrımcılık: Bir kişinin atanması, göreve gelmesi vs. dezavantajlı grup üyesi olması sebebiyle gerçekleşmektedir. Pozitif ayrımcılık ile olumlu eylem kavramları arasındaki nüans farkları için ayrıca bkz. Frances Livingstone Raday, *Equality For Women: in Landau E.C., The Status of Women at the Dawn of the Twenty-First Century, France-2001*, s. 16; Beatrice Vizkelety, “The Canadian Perspective”, in Landau E.C., *The Status of Women at the Dawn of the Twenty-First Century, France-2001*, s. 156,162; Maria Böhmer, “Affirmative Action in Germany- Laws, Effects and Perspective” : in Landau E.C., *The Status of Women at the Dawn of the Twenty-First Century, France-2001*, s. 59 vd; *International Perspectives*, s. 24, 25; 46.

¹³⁰ De Vos, s. 64; bkz. Kanada Anayasası’nın bir bölümünü oluşturan Kanada Temel Haklar ve Özgürlükler Şartı, bölüm 15(2); Kanada Yüksek Mahkemesi düzeltici kotaları ve dezavantajlı gruplara yönelik pozitif ayrımcılık tedbirlerini Anayasaya aykırı bulmamıştır. De Vos, s. 66

¹³¹ Kavram, Türkçe’ye “pozitif önlem” olarak da çevrilmektedir. Ancak, bu kavram birebir çeviri olmadığı gibi, genel olarak “önlem”, “pozitif önlem” (positive measure) ya da “pozitif eylem önlemleri” (positive action measures) ifadeleri ile karışabilecektir.

¹³² Bu kavram çeşitli BM belgelerinde de geçmektedir. Avrupa Birliği kapsamında, pozitif eylem öncelikle iş dünyasında kadınların konumunun iyileştirilmesi için ortaya konmuş bir kavramdır. Goran Selanec-Linda Senden, *Gender Quotas and Other Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission-2011, (Gender)*, s.19.

ca, pozitif eylem kavramı ayrımcılığın negatif anlamda yasaklanmasının ötesine giden her önlemi içermektedir. İkinci görüş, pozitif eylemi daha dar biçimde tanımlayan görüştür ve bu bağlamda sadece dezavantajlı grup üyeleri için ayrıcalıklı/tercihe dayalı muameleyi içeren önlemler pozitif eylem kapsamında değerlendirilir. Üçüncü görüş ise, ikinci görüş gibi pozitif eylemi sadece ayrıcalıklı/tercihe dayalı muameleyi içeren önlemler olarak tanımlar ancak kadınların hamilelik, doğum yapma gibi biyolojik farklılıklarından kaynaklanan önlemleri pozitif eylemlerden ayırır.¹³³

Kotalar pozitif eylem kavramı içinde özel bir türe karşılık gelmektedir.¹³⁴

Avrupa Hukuku'nda pozitif eylem, pozitif ayrımcılıktan geniş bir kavramdır; ayrıca her pozitif ayrımcılık önlemi meşru olarak kabul edilmez.¹³⁵ Pozitif eylemler ağırlıklı olarak makul görülmeyle birlikte, pozitif ayrımcılık ve kota türleri tartışmalı bir alandır. Pozitif ayrımcılık önlemleri, katı ve mutlak ayrıcalıklardır. AB hukukunda, kotalar da dahil olmak üzere otomatik ayrıcalıklı önlemler (yani pozitif ayrımcılık) belirli durumlarda ve istisnai olarak pozitif eylem kapsamında kabul görmektedir. Pozitif eylem, pozitif ayrımcılık biçimi aldığı anda, yasama ve yargı organı büyük bir dikkatle inceleme yapar.¹³⁶ Geçmişten gelen mevcut dezavantajlar derinse ve giderilmesi çok zor ise, söz konusu güçlü önlemlere başvurulabilecektir.¹³⁷

Avrupa'da iş yaşamındaki kotalar çoğunlukla meşru kabul edilmezken; siyaset alanındaki kotalar, katı kota¹³⁸ kategorisine girmesine

¹³³ Selanec/Senden, Positive, s. 4; International Perspectives, s. 25.

¹³⁴ Selanec/Senden, Positive, s. 5.

¹³⁵ Avrupa Birliği Hukuku açısından hangi pozitif eylemlerin meşru olduğuna yani erkekler açısından ayrımcılık yaratmayacağına yönelik kriterler Adalet Divanı kararlarıyla belirlenir. Adalet Divanı da iş yaşamında pozitif eylemlere ilişkin bazı kriterler getirmiştir. Bu alan dışında getirilen sınırlar olmadığı için, AB üyesi devletler iş yaşamı dışında serbestçe pozitif eylem önlemleri alabilirler ve CEDAW md. 4'ten kaynaklanan geçici özel tedbir alma yükümlülüklerini yerine getirebilirler. Lisa Waddington-Mark Bell, "Temporary Special Measures Under the Women's Convention and Positive Action Measures Under EU Law: Mutually Compatible or Irreconcilable?" in: Westendorp I. (Ed.), The Women's Convention Turned 30, Achievements, Setbacks and Prospects, Cambridge- 2012, (Temporary), s. 95, 96.

¹³⁶ Waddington/Bell, Exploring, s. 1510.

¹³⁷ Waddington/Bell, Exploring, s. 1511.

¹³⁸ Katı kota, esasen düşük düzeyde temsil edilen cinsiyet için belirli sayıda yer tahsis

ve mutlak ayrıcalık getirmesine rağmen, kabul görmektedir.¹³⁹ Siyasi katılım alanı, Avrupa ülkelerinin kotalar dahil olmak üzere pozitif eylemlere en çok başvurdukları alan olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁴⁰ Bu bağlamda parlamento seçimlerinde uygulanan kotaların, günümüz itibariyle Avrupa Hukuku'nda kabul gördüğünü söylemek mümkündür.

Avrupa Konseyi (AK) Bakanlar Komitesi'nin 2003 tarihli "Siyasete ve Kamuda Karar Verme Mekanizmalarına Kadınların ve Erkeklerin Dengeli Katılımı" konulu Tavsiyesi'nde¹⁴¹ kadın ve erkeklerin dengeli temsili için *pozitif eylem* önlemlerini içerecek şekilde anayasal ve yasal değişiklikler yapılması üye devletlere önerilmişti. AK Bakanlar Komitesi'nin 2009 tarihli "Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini Gerçekleştirmek" konulu Bildirisi uyarınca, temsil alanında dengeli katılımın sağlanması için *pozitif eylem önlemleri* veya özel önlemler¹⁴² alınmalıdır.

Hukuk Yoluyla Demokrasi için Avrupa Komisyonunun (Venedik Komisyonu) Cinsiyet Eşitliğine İlişkin Görüş ve Raporları uyarınca,¹⁴³ kadınların adaylığının teşvik edilmesi ve siyasi partilerin aday listelerine ilişkin oran öngören kotaların getirilmesi, *pozitif eylem* olarak değerlendirilmektedir. Bu görüş ve raporlarda, devletlere kadın erkek eşitliğinin sağlanması için *pozitif eylemde* bulunmaları ve özel olarak siyaset alanında kotaların konulması tavsiye edilmektedir.

1995 yılında BM 4. Dünya Kadın Konferansı'nın sonunda kabul edilen Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı'nda¹⁴⁴ da kadınların temsil

edilmesini içerir. Bundan dolayı, kesin ayrıcalıklar içermektedir. Katı kota, yalnızca belirli bir cinsiyete mensup olmanın mutlaka yeterli olduğu anlamına gelmemektedir (gelebilir de). Katı kotalar yoluyla, genellikle cinsiyeti içinde en nitelikli olanlara ya da en azından belirli bir iş için minimum şartları gerçekleştirenlere yer tahsis edilir. Esnek kota ve yumuşak kota için bkz. Selanec/Senden, Positive, s. 5.

¹³⁹ International Perspectives, s. 25.

¹⁴⁰ Selanec/Senden, Positive, s. 15.

¹⁴¹ 13.03.2003, Rec (2003)3.

¹⁴² Kavramların İngilizce karşılıkları, "positive action measures" ve "special measures"dır

¹⁴³ Bkz. Compilation of Venice Commission Opinions and Reports, par. 135.

¹⁴⁴ Kotaların kabul edilmesi konusunda mihenk taşlarından birisi Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı'dır. Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı'nda kadın ve erkeklerin karar alma süreçlerine eşit katılımlarını sağlama hedefine ulaşmaktan bahsedilmiş ve kadınların politik yaşama faal katılımı ve karar almanın bütün düzeylerine kadın bakış açısının yerleştirilmesi gerçekleştirilmedikçe; eşitlik, kalkınma ve barış hedeflerine ulaşılamayacağı belirtilmiştir.par.181.Bu bağlamda, Hükümetler tara-

oranlarının arttırılması için devletlerin *pozitif eylemlerde* bulunabileceği kabul edilmişti.¹⁴⁵

5. Geçici Özel Tedbir Biçimi Olarak Kotalar

CEDAW,¹⁴⁶ 4. maddesi ile *geçici özel tedbir* kavramına yer vermektedir.¹⁴⁷ 4. madde, fiili eşitliğin sağlanmasını öngörmesi itibariyle, CEDAW'ın getirdiği en önemli hükümlerden birisidir.¹⁴⁸ CEDAW Komitesinin 2004 tarihli ve 25 no'lu Genel Tavsiye'siyle, 4. maddenin birinci fıkrasında yer alan geçici özel tedbir kavramının anlamı ve içeriği belirlenmiştir. Komite, daha önce, geçici özel tedbirlere ilişkin 1988 tarihli 5 no'lu Genel Tavsiyesi ile, bu tedbirleri pozitif eylem, tercihli muamele (preferential treatment) ve kota sistemlerini içerecek bir anlamda yorumlamıştı.¹⁴⁹

Komite, 25 no'lu Genel Tavsiye'de, geçici özel tedbirleri, fiili ya da maddi eşitliği sağlamanın bir aracı olarak görmekte ve bu tedbirleri ayrımcılık yasağının ya da eşitliğin bir istisnası olarak nitelememektedir. 25 no'lu Genel Tavsiye'nin notlar bölümünde, pozitif ayrımcı-

ından, hükümet organları ve komitelerinde, kamu yönetim birimlerinde ve yasa-sama organlarında cinsler arası dengeyi oluşturmada kararlılık göstermek; kadın ve erkeklerin eşit temsil edilmelerini sağlamak gayesiyle belirli hedefler saptamak ve kadınların sayısını önemli ölçüde artıracak önlemleri uygulamak, gerekirse bütün hükümet ve kamu yönetim pozisyonlarında pozitif eylem (positive action) uygulamak; siyasi partileri, seçim ve atama yoluyla belirlenen kamu görevlerinde kadınları erkeklerle aynı oranda ve aynı düzeyde entegre etmeye teşvik etmenin dahil olduğu önlemler almak hedefleri belirlenmiştir.par.190.

¹⁴⁵ Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı'nda, pozitif eylem (positive action) ibaresi kullanılmaktadır. Par.190.

¹⁴⁶ Anayasalar ve 2. Dünya Savaşını takiben uluslararası sözleşmeler, kadınlara ilişkin nötr düzenlemeler getirmekte iken, 1979 tarihli CEDAW ile bu bakış açısı kırılmıştır ve Sözleşme kadınların insan hakları alanında bir devrim yaratmıştır.

¹⁴⁷ 4. madde uyarınca, "Erkekler ile kadınlar arasındaki eşitliği fiilen gerçekleştirmeyi hızlandırmak için Taraf Devletlerin aldıkları geçici özel tedbirler, bu Sözleşmede tanımlanan bir ayrımcılık şeklinde görülemez; ancak bunlar hiçbir şekilde eşitlikçi olmayan veya farklı türden standartların sürdürülmesi sonucunu doğuramaz; fırsat ve muamele eşitliğini sağlama amacı gerçekleştirildiğinde bu tedbirlerin uygulanmasına son verilir."

¹⁴⁸ Frances Raday, "Article 4", in: Freeman M.A-Chinkin C.-Rudolf B. (Ed.) The UN Convention On the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, A Commentary, New York-2012, s. 125.

¹⁴⁹ Komite, taraf devletlerin kadınların eğitim, ekonomi, siyaset ve iş gücü piyasasıyla bütünleşmelerini sağlamak üzere pozitif eylem, tercihli muamele ya da kota sistemi gibi geçici özel tedbirlerden daha çok yararlanmasını tavsiye etmektedir. 5 sayılı Genel Tavsiye, (1988), par. 2.

lığın eleştirilen bir kavram olduğu vurgulanmış ve geçici özel tedbirin ayrımcılık olmadığına altı çizilmiştir. Bununla birlikte doktrinde -spesifik olarak- pozitif ayrımcılık önlemleri olduğu belirtilen kota sistemlerinin,¹⁵⁰ geçici özel tedbirler olduğu da Tavsiye’de açık olarak belirtilmektedir.¹⁵¹ Tavsiye uyarınca, kota gibi (pozitif ayrımcılık niteliğindeki) önlemlerin yanı sıra, destek programları, sosyal yardım programları, kaynakların dağılımı ya da yeniden dağılımı, hukuki bilincin sağlanması gibi (pozitif ayrımcılık niteliğinde olmayan) ve fiili eşitliğin sağlanmasına hizmet eden önlemler de *geçici özel tedbirdir*.¹⁵²

6. Değerlendirme

Kadınlar özelinde, pozitif ayrımcılık, pozitif eylem, olumlu eylem ya da geçici özel tedbir şeklindeki her bir önlem türünün amacı geçmişten gelen ya da mevcut dezavantajları ortadan kaldırmaktır ve tümü bu amacın gerçekleşmesine yönelik belirli tedbirleri içerir.¹⁵³ Her

¹⁵⁰ Bkz. Norris, s. 89 vd.

¹⁵¹ Par. 22; Ayrıca bkz. Serdar Narin, “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Çerçevesinde Kadına Karşı Ayrımcılık Yasağının Normatif Gelişimi”, Zafer Gören Armağanı, Yetkin Yay.- 2017, s. 558.

¹⁵² Belirtmek gerekir ki, 25 no’lu Genel Tavsiye uyarınca doğum yapmak gibi biyolojik farklılıklarından kaynaklanan sebeplerle kadınlara farklı davranılması (tedbir alınması ya da düzenleme yapılması vs.) ya da eşitliğin sağlanmasına hizmet etmeyen ve kadınları dezavantajlı kılan tedbirler geçici özel tedbir niteliği taşımaz. Bu bağlamda, 4. maddenin 2. fıkrasında anneliğin korunması için alınacak geçici tedbirler alınabileceği ayrıca düzenlenmiştir ve Genel Tavsiyede, birinci fıkrada öngörülen geçici özel tedbirlerle, ikinci fıkrada yer alan geçici tedbirlerin açık biçimde birbirinden farklı oldukları belirtilmektedir. 1. fıkranın amacı erkeklerle fiilen ve gerçek anlamda eşit hale gelebilmeleri için kadının konumundaki iyileşmeyi hızlandırmak, kadınlara karşı ayrımcılığın geçmişteki ve güncel biçimlerinin ve bunların sonuçlarının düzeltilmesini sağlayacak yapısal, toplumsal ve kültürel değişimleri gerçekleştirmek ve kadınların maruz kaldıkları olumsuzlukların telafisine yönelmektir. Bu fıkrada öngörülen tedbirler geçici nitelik taşır. Fiili eşitlik sağlandığında tedbir sona erecektir.

Geçici özel tedbirler, özel kişilerden, baskın toplumsal cinsiyet ideolojisinden, sosyal kültürel yapı ya da kurumlardan kaynaklanan ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ilişkin tedbirlerdir. Par.15-17. Bu bağlamda, maddi ya da fiili eşitliği sağlamak için alınan geçici özel tedbirlerle, kadınların durumlarını iyileştiren sosyal politikalar arasında da fark bulunmaktadır. Kadınların lehine olarak benimsenen her tedbir, geçici özel tedbir değildir. Par.19. Tavsiye uyarınca, “geçici özel tedbir” ifadesinde yer alan “özel” ifadesi, önlemin alınmasındaki amaca (fiili eşitliğin sağlanması) işaret etmektedir. Bir diğer deyişle bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olmayan eylemler, 4. madde anlamında tedbir niteliği taşımayacaktır.

¹⁵³ Bu spesifik amaç itibarıyla, sözü edilen önlemler, pozitif yükümlülük kavramından farklıdır. Pozitif yükümlülük, devletin temel haklar alanında negatif yükümlülüğü olan dokunmamanın karşısıdır. Bkz. Jean François Akandji-Kombe, Positi-

biri, şekli eşitlik anlayışına meydan okudukları için, tartışmaları da beraberinde getirir.

Kotalar geniş anlamda, farklı hukuk sistemlerinde pozitif eylem, olumlu eylem ya da geçici özel tedbir olarak da nitelendirilmekle birlikte, daha dar veya spesifik anlamda bir pozitif ayrımcılık biçimidir. Bununla birlikte, kotaların hukuki niteliğine ilişkin belirleme, kotalara getirilen eleştiriler açısından önem taşımaktadır.

CEDAW Komitesi'nin 25 no'lu Genel Tavsiyesi'nde özellikle "pozitif eylem" teriminin muğlak olduğu, "pozitif ayrımcılığın" ise tartışmalı bir kavram olduğu belirtilmektedir.¹⁵⁴ Bu bağlamda özellikle ayrımcılık ifadesini içermesinden ve eleştirilmesinden ötürü pozitif ayrımcılık kavramının kullanılması konusunda başka platformlarda da çekingenlik gösterilmektedir.¹⁵⁵

CEDAW'da öngörülen *geçici özel tedbir* kavramı ile Komite'nin 25 no'lu Genel Tavsiyesinde yer alan yorumu birlikte değerlendirildiğinde, geçici özel tedbir ifadesinin, pozitif eylem, olumlu eylem ve pozitif ayrımcılık kavramlarına getirilen eleştirilere bir set çektiğini söyleyebiliriz. Çünkü pozitif eylem veya olumlu eylem kavramı içinde değerlendirilen bazı önlemler ile pozitif ayrımcılık önlemlerinin ayrımcılık yasağının istisnası ve bir ayrıcalık olduğu -ki bu çerçevede kotalar da ayrıcalık olarak değerlendirilmektedir- doktrinde belirlenmiş iken; Komite, (kotalar dahil olmak üzere) *geçici özel tedbirlerin*, ayrımcılık yasağının istisnası olmadığını ama fiili eşitliği sağlamanın bir aracı olduğunu tespit etmiştir.¹⁵⁶ Geçici özel tedbir kavramında yer alan "geçici" ifadesi ise, eşitlik sağlandığında tedbirin artık uygulanmayacağını özellikle vurguladığı için önem taşımaktadır.

Kotalar, her halükârda ulusal ve uluslararası hukukta tartışma yaratmaktadır. Çalışmamızın bir sonraki bölümünde, kotalara dayanak

ve Obligations under the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbooks, no. 7, Belgium- 2007, s. 5 vd.

¹⁵⁴ Par.17 ve dipnot 4.

¹⁵⁵ Bkz. Compilation of Venice Commission Opinions and Reports Concerning Gender Equality, European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission Opinions and Reports), CDL-PI (2021)002, Strasbourg, s. 13; Pozitif ayrımcılık kavramına yönelik eleştirilerden ötürü, bazı metinlerde ve çalışmalarda, kotalar sözü edilen diğer kavramlarla nitelendirilmektedir.

¹⁵⁶ Par.14.

oluşturması açısından uluslararası sözleşmeleri ve Anayasalarda yer alan kotalara ilişkin düzenlemeleri inceleyeceğiz. Bunu takiben, Anayasalarında kotalara ilişkin hüküm bulunmayan ülkelerde yer alan kota düzenlemelerini eşitlik ve demokrasi ilkeleri açısından değerlendireceğiz.

VI. İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Anayasalarda Kotalar

1. İnsan Hakları Sözleşmeleri

a) Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri

i) CEDAW (CEDAW 4. ve 7. Maddelerinin Birlikte Değerlendirilmesi)

Sözleşme'nin 7. maddesi¹⁵⁷ oy kullanmak/seçilebilmek konusunda, devletlere kadınlarla erkeklere eşit hak sağlama yükümlülüğü getirmektedir. CEDAW, diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak kadınlara sadece seçme seçilme hakkını garanti etmemekte, ayrıca bu alanda erkeklerle eşitliğin sağlanmasını hedeflemektedir. 7. madde ile -yukarıda yer verilen- geçici özel tedbirlere ilişkin 4. madde¹⁵⁸ birlikte değerlendirildiğinde; devletlerin kadınlara yönelik olarak, bütün seçimlerde/referandumda oy kullanmak ve kamusal olarak seçim yapılan bütün organlara seçilebilmek için geçici özel tedbirler alabilme yetkisi vardır. Siyaset alanındaki kotalar da bu bağlamda değerlendirilen önlemlerdir.

¹⁵⁷ 7. madde: "Taraflar Devletler, ülkenin politika ve kamu hayatında, kadınlara karşı ayrımı önlemek için tüm önlemleri alacaklar ve özellikle kadınlara erkeklerle eşit şartlarla aşağıdaki hakları sağlayacaklardır:

a) Bütün seçimlerde ve halk oylamalarında oy kullanmak ve halk tarafından seçilen organlara seçilebilmek; b) Hükümet politikasının hazırlanmasına ve uygulanmasına katılmak, kamu görevinde bulunabilmek ve hükümetin her kademesinde kamu görevleri ifa etmek; c) Ülkenin kamu ve politik hayatı ile ilgili hükümet dışı kuruluşlara ve derneklere katılmak."

¹⁵⁸ 4. madde: "Erkekler ile kadınlar arasındaki eşitliği fiilen gerçekleştirmeyi hızlandırmak için Taraflar Devletlerin aldıkları geçici özel tedbirler, bu Sözleşmede tanımlanan bir ayrımcılık şeklinde görülemez; ancak bunlar hiçbir şekilde eşitlikçi olmayan veya farklı türden standartların sürdürülmesi sonucunu doğuramaz; fırsat ve muamele eşitliğini sağlama amacı gerçekleştirildiğinde bu tedbirlerin uygulanmasına son verilir."

Sözleşmenin ortaya koyduğu eşitlik anlayışı hem şekli ve maddi hem de dönüştürücü eşitlik anlayışına karşılık gelmektedir.¹⁵⁹ Şekli eşitlik anlayışı 7. maddenin gereklerini yerine getirmekte yetersiz kalmaktadır ve 7. maddenin gerçekleşmesi maddi eşitliği (ve maddi eşitliği gerçekleştirmenin aracı olan geçici özel tedbirleri/kotaları) zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede, kadınların daha az temsil edilmesinin giderilmesi için devletlerin teşvik edici, cesaretlendirici ve koşullar sağlayıcı önlemler alması gereklidir.¹⁶⁰ Öyle ki CEDAW Komitesinin 25 no'lu Genel Tavsiyesi uyarınca, Sözleşmeci devletler fiili eşitliğin sağlanması için Sözleşme'de yer alan haklarla bağlantılı olarak geçici özel tedbirler almak *zorundadır*.¹⁶¹ Bu bağlamda Tavsiye'de, taraf devletlerin Anayasalarında ya da yasalarında geçici özel tedbirlere yer vermeleri gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶² Yukarıda belirtildiği gibi, Tavsiye'de kotaların 4. madde anlamında geçici özel tedbir olduğu da açıkça vurgulanmıştır.¹⁶³ CEDAW'a taraf devlet sayısının 189 olduğu düşünüldüğünde, artık maddi eşitlik anlayışı ve cinsiyet kotaları konusunda dünya çapında genel bir kabulün bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

25 no'lu Genel Tavsiye'de geçici özel tedbirlerin, kişilerin vasıfları ve liyakatiyle ilgili tartışmaları da beraberinde getireceği vurgulanmıştır. Örneğin kotalar söz konusu olduğunda erkeklerden daha vasıfsız olan kadınlar tercih edilebilecektir. Ancak bu tedbirlerin fiili eşitlik sağlanıncaya kadar geçici olarak uygulanacağına ve vasaflı ilişkiler meselelerinin normatif ve kültürel toplumsal cinsiyet önyargıları göz önüne alınarak tekrar gözden geçirilmesi gerektiğine işaret edilmiştir.¹⁶⁴

CEDAW Komitesinin, Sözleşme'nin 7. maddesine ilişkin, "Politika ve Kamu Hayatı" konulu 1997 tarihli 23 no'lu Genel Tavsiyesi'nde, *"söz konusu alanlarda, engellerin biçimsel olarak ortadan kaldırılmasının ve kadınlarla erkeklerin yaşadıkları toplumun kamu hayatına eşit katılımını teşvik etmek üzere geçici özel tedbirlerin uygulamaya konmasının, siyaset*

¹⁵⁹ 25 no'lu Genel Tavsiye par.7-10; Wittkopp, s. 198; Dönüştürücü eşitlik konusunda bkz. Tijen Dünder Sezer, İnsan Hakları Hukuku Açısından Kadınlara Yönelik Şiddet, Ankara- 2019, s. 27.

¹⁶⁰ Wittkopp, s. 209, 210.

¹⁶¹ Par. 24; Waddington/Visser, s. 95, 96; Raday, s. 125.

¹⁶² Par. 31.

¹⁶³ Par. 26.

¹⁶⁴ Par. 23.

alanında gerçek bir eşitliğin ön koşulları olduğu" belirtilmektedir. Keza 23 no'lu Genel Tavsiye uyarınca "Taraflar Devletler, kadınların, Sözleşmenin 7 ve 8. maddelerinde bahsi geçen tüm alanlarda eşit temsil edilmelerini güvence altına almak için geçici özel tedbirler belirlemeli ve bu tedbirleri yürürlüğe koymalıdır".¹⁶⁵

CEDAW Komitesi, devletlerin raporlarına ilişkin sonuç gözlemlerinde de devletlere diğer önlemlerin yanı sıra kotalar koymalarını tavsiye etmektedir ve siyaset alanında kotaların konulmamasını eleştirmektedir.¹⁶⁶ Komite, kadınların açık ara az temsil edilmelerini Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlali olarak değerlendirmektedir.¹⁶⁷

ii) BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 3. maddesi Sözleşme'de yer alan haklardan her iki cinsiyetin eşit olarak yararlanacağını, 26. maddesi ise kanun önünde eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. İnsan Hakları Komitesi'ne göre, dezavantajlı grup lehine pozitif eylemde bulunmak 26. madde uyarınca, sadece izin verilen bir durum değildir; bazı durumlarda gereklidir. Komiteye göre, eşitlik ilkesi, Sözleşme ile yasaklanan ayrımcılığın devamına neden olan sebeplerin ortadan kaldırılması için, bazı durumlarda devletlerin olumlu eylemde bulunmalarını gerektirir.¹⁶⁸ Komite karar ve yorumlarında; *pozitif eylem*, *pozitif önlem*, *olumlu eylem* kavramlarına yer verilmektedir. Komite, örneğin, Belçika Yüksek Adalet Konseyi'ne yapılan atamalarda cinsiyet kotası öngörülmesini kamu görevine giriş hakkına yönelik oransız bir müdahale olarak görmemiş ve Sözleşme'ye uygun bulmuştur.¹⁶⁹

b) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Pozitif eylem önlemleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörülmektedir. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 14. maddesinin (ay-

¹⁶⁵ Par. 43.

¹⁶⁶ Wittkopp, s. 214, 215. Kotalar dışında kadınların temsilini arttıracak önlemler, finansal destek olmak, kadın adayları eğitmek, onların iletişim becerilerini arttırmak, kadınların daha çok seçilebileceği seçim prosedürleri benimsemek, eşit katılıma dayalı kampanyalar geliştirmek, sayısal amaç ve zaman tablosu belirlemek vd. olarak sayılabilir.

¹⁶⁷ Wittkopp, s. 215.

¹⁶⁸ Dahlerup, Electoral, s. 54.

¹⁶⁹ Dahlerup, Electoral, s. 55; Jacobs v. Belgium. Communication No. 943/2000.

rımcılık yasağı) uygulamasında, objektif ve makul bir gerekçe bulunduğu anda ayrımcı farklı muamelede bulunulması Sözleşme'nin ihlali olarak değerlendirilmemektedir. Bu bağlamda, fiili eşitsizliklerin giderilmesi için bazı gruplara farklı davranılması Sözleşme'nin ihlali olarak görülmediği gibi, bazı koşullarda eşitsizliğin giderilmemesi de 14. madde ihlali olarak değerlendirilebilmiştir.¹⁷⁰ Mahkemeye göre, belirli durumlarda sözleşmeciler devletlerin ayrımcılığı önlemek, engellemek ve cezalandırmak konusunda pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Devletlerin yerine getirmesi gereken bu yükümlülüklerin bir kısmı, fiili eşitsizliklerin düzeltilmesi için alınabilecek ya da alınması zorunlu olan pozitif eylem, olumlu eylem ya da pozitif ayrımcılık önlemlerine karşılık gelmektedir.¹⁷¹ Bu bakış açısı pozitif eylemlerin (pozitif ayrımcılık dahil olmak üzere) meşru kabul edilebilmesini beraberinde getirmiştir.

Seçimlerde cinsiyet kotaları özelinde, AİHM'nin 2019 yılında verdiği karar, kotaların tolere edilmekten öte, gereklilik olarak görülmesi yolunda önemli bir adım olmuştur. Sözü edilen Metna Zevnik ve Diğerleri/Slovenya kararı¹⁷² cinsiyet kotalarına ilişkin mevzuata uymayan siyasi partilere yaptırım uygulanmasına ilişkindir. Slovenya'da, siyasi partilerin aday listelerinde bir cinsiyete en az yüzde otuz beş oranında yer verilmesine ilişkin yasal düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu kurala uymayan siyasi partilerin listeleri reddedilmekte ve eksikliğin/hatanın giderilmesi için herhangi bir hak ya da süre verilmemektedir. Bu çerçevede, cinsiyet kotası kuralına uyulmaması sebebiyle iki siyasi partinin bazı seçim çevrelerinde listeleri reddedilmiştir. Söz konusu partiler (koalisyon partileri) ve listelerde isimleri yer alan üç aday AİHM'ye başvuru yapmışlardır. (Başvurucuların ikisinin adı reddedilen listelerde bulunmaktaydı). Başvuru gerekçesi; kotalara ilişkin kural konusunda herhangi bir düzeltme imkânı verilmeden listelerin reddedilmesinin (müdahalenin meşru amacı olduğu kabul edilse dahi) güdülen amaç için oransız bir müdahale olduğu ve Sözleşme'ye ek 1 no'lu Protokol'ün 3. maddesinde yer alan hakkı (serbest seçim

¹⁷⁰ Andrić/Çek Cumhuriyeti, Başvuru No. 6268/08, 17.2.2011; Lindsay/ Birleşik Krallık, Başvuru No. 11089/84, 1986. Bkz. Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, Council of Europe-2021, (Guide on Article 14), s. 13.

¹⁷¹ Guide on Article 14, s. 14.

¹⁷² Metna Zevnik ve Diğerleri/Slovenya, Başvuru No. 54893/18, 12.11.2019.

hakkı) ihlal etmesidir. AİHM öncelikle serbest seçim hakkına ilişkin müdahalenin meşru amacının bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirme yapmıştır. Mahkeme'ye göre, günümüzde cinsiyetlerin eşitliğinin teşvik edilmesi AK'ye üye devletlerin en önemli hedeflerinden birisidir ve AK kurumları siyasette cinsiyet dengesinin bulunmamasını demokratik meşruluğa bir tehdit ve cinsiyet eşitliğinin ihlali olarak kabul etmektedir. Sonuç olarak Mahkeme, müdahalenin meşru bir amaç güttüğünü kabul etmektedir. Bu amaç, siyasi karar alma sürecine kadınların ve erkeklerin katılımının daha dengeli olmasının sağlanarak, demokratik meşruluğun güçlendirilmesidir.¹⁷³ Müdahalenin oranlı olup olmadığı değerlendirmesinde Mahkeme, öncelikle AK kurumlarının ilgili dokümanları uyarınca, cinsiyet kotaları ve bunlara ilişkin sert yaptırımlar için üye devletlere yalnızca izin verilmediğini ayrıca devletlerin bu konuda teşvik edildiklerini hatırlatmıştır. Seçim sisteminin organize edilmesi ve yürütülmesinde devletlere verilen geniş takdir marjı dikkate alındığında, aday listelerinin reddedilmesi oranlı bulunmamış ve başvuru açıkça temelsiz bulunarak reddedilmiştir.

AİHM, siyasi partilere bir düzeltme imkânı dahi tanınmadan kota kuralına uyulmadığı için listenin reddedilmesini oranlı bir müdahale görmüş ve kotaları demokratik meşruluğun aracı olarak gören AK dokümanlarına gönderme yapmıştır. Bu durum, AİHM'nin de kotaları bir gereklilik olarak değerlendirdiğini göstermektedir.

2. Anayasalarda Kotalara İlişkin Düzenlemeler ve Devletlerin Eşitliği Sağlayıcı Önlem Alma Yükümlülükleri

Yukarıda kota türlerini ortaya koyarken bazı ülkelerde açıkça Anayasa ve/veya yasa ile kota öngörüldüğünü¹⁷⁴ bazı ülkelerde ise siyasi partilerin gönüllü olarak kota koyduklarını belirtmiştik.

¹⁷³ Par. 34.

¹⁷⁴ Demokrasi ve Seçimlere İlişkin Yardım Uluslararası Enstitüsü'nün (IDEA) cinsiyet kotaları veri tabanı uyarınca, kotalara yer veren ülkeler tek tek incelendiğinde -hukuki düzenleme ile getirilen aday kotaları ve rezerve edilen sandalye sistemini benimseyen ülkeler arasında- otuz bir ülkenin Anayasasında kotalara ilişkin düzenleme bulunduğu görülmektedir. Bu bağlamda veri tabanında hukuki düzenleme ile getirilen aday kotası benimseyen ülke kategorisinde 13 ülkenin, rezerve edilmiş sandalye kotası benimseyen 18 ülkenin Anayasal düzenlemesi yer almaktadır. Söz konusu 31 ülke kotalara ilişkin açık anayasal düzenleme yapan ülkelerdir. Bu veri tabanında yer alan Anayasasında hüküm olan ve aday kotası

Dünyada kota uygulanan ülkelere bakıldığında, bazılarının Anayasalarında kotalara ilişkin açık düzenleme bulunmakta bazılarının Anayasalarında ise devlet organlarına yönelik kadın erkek eşitliğini sağlamak üzere önlem (pozitif önlem)¹⁷⁵ alma yükümlülükleri öngörülmektedir. Bu bağlamda Anayasasında kotalara ilişkin açık hüküm ya da herhangi bir önlem alma yükümlülüğü bulunmayan ancak kotalara ilişkin yasal düzenlemeleri/siyasi partilerin iç düzenlemeleri olan ülkeler de bulunmaktadır. Anayasalarda açık kota düzenlemesi

öngören ülkeler: Cezayir, Arjantin, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator Cumhuriyeti, Fransa, Yunanistan, İtalya, Kazakistan, Meksika, Nikaragua, Sırbistan, Güney Sudan ve Tunus; yine bu veri tabanında yer alan Anayasasında hüküm olan ve rezerve sandalye öngören ülkeler: Afganistan, Bangladeş, Burundi, Mısır, Eritre, Esvatini, Haiti, Irak, Kenya, Nepal, Pakistan, Ruanda, Samoa, Suudi Arabistan, Somali, Tanzania, Uganda ve Zimbabve'dir. <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas>, 12.01.2022.

Bununla birlikte, kotalara ilişkin Anayasa hükümlerini daha ayrıntılı olarak incelediğimizde bu veri tabanında tespit edilen Anayasalara ilişkin eksiklik ve hata olduğunu tespit ettik ve kotalara ilişkin açık anayasal düzenleme yapan ülkeler ile kadın erkek eşitliği konusunda önlem alma yükümlülüğü getiren Anayasaları bu konu başlığı altında kendimiz tasnif ettik.

(Örneğin, Eritre ve Suudi Arabistan Anayasasında kotalara ilişkin Anayasa hükmü bulunmamaktadır. Somali ve Yunanistan Anayasasında ise devletin eşitlik ya da temsil konusunda genel önlem alma yükümlülüğü vardır. Bunun yanı sıra IDEA veri tabanında bulunanların dışında -aşağıda yer verilen- başka ülkelerde de eşit temsil sağlanmasına yönelik hüküm bulunmaktadır.

¹⁷⁵ Burada kullandığımız "önlem" ifadesinin, measure/positive measure şeklinde İngilizce karşılığı bulunmaktadır. "Önlem" kavramı, maddi eşitliği sağlamaya yönelik tüm tedbirleri içermek üzere kullanılmaktadır. Bu bağlamda önlem (pozitif önlem) ifadesinin kapsamına maddi eşitliği sağlamaya yönelik tüm tedbirler girmektedir. İlgili kavramlar için bkz. Constitution Assessment For Women's Equality, IDEA, Stockholm-2016, s. 22.

Anayasa yapım süreçleri içinde eşitlik; öncelikle kanun önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı olarak şekli eşitlik anlayışı içinde formüle edilmiştir. Bu nötr (kadınları özel olarak dikkate almayan) formülasyonların kadın erkek arasında fiili eşitliği sağlayamaması karşısında, bazı Anayasalarda kadın ve erkek eşitliğine ilişkin açık düzenlemelere yer verilmiş; ayrıca bu eşitliğin sağlanabilmesi için devletlere önlem alma yükümlülüğü getirilmiştir.

Örneğin: 1949 tarihli F. Alman Anayasası md. 3, "kadın ve erkekler eşit haklara sahiptir" hükmünü içermekle, öncü bir Anayasadır. Her ne kadar bu hükmün vizyonu gerçek eşitliğin sağlanması konusunda devlete yükümlülük getirirse de, hüküm yaklaşık 40 yıl boyunca şekli eşitliğin sağlanması ya da ayrımcılık yasağı şeklinde yorumlanmıştır. Ayrımcılık yasağı ise gerçek eşitliğe ulaşabilmek için gerekli ama yeterli olmayan bir araçtır. Alman Anayasası'nda 1994 yılında yapılan değişiklikle, açıkça, kadın erkek eşitliğinin sağlanmasını teşvik ve var olan dezavantajları kaldırma konusunda devlete yükümlülük getirilmiştir. Marion Eckertz Höfer, "Direct and Indirect Discrimination in Germany" in Landau E.C., The Status of Women at the Dawn of the Twenty-First Century, France-2001, s. 47-50.

bulunması ya da eşitliği sağlamaya yönelik önlem alma yükümlülüğünün öngörülmesi, kotalara ilişkin yasal düzenlemeler konusunda Anayasaya aykırılık tartışmalarının önünü kesmek açısından önem taşımaktadır.

Birleşmiş Milletler tarafından yapılan bir çalışmada, dünya Anayasalarının doksan dokuzunda kadın erkek eşitliği alanında (genel olarak ya da spesifik bir alanda) devletin önlem alması yükümlülüğü bulunduğu ortaya konmaktadır.¹⁷⁶ Anayasalarda yer alan önlem alma yükümlülüğü devletlere maddi/fiili eşitliği sağlama konusunda yükümlülük getirir. Devlet tarafından alınması gereken önlemler, farklı biçimlerde formüle edilir ve bu önlemler pozitif ayrımcılık/ pozitif eylem/olumlu eylem/geçici özel tedbirler şeklinde maddi eşitliği sağlamaya yönelik tedbirleri de içermektedir;¹⁷⁷ özel olarak kotalara ilişkin düzenlemeler de bu önlemler içinde değerlendirilir. Genel olarak önlem alma yükümlülüğüne yer veren ülkelerin hepsinde kota uygulaması bulunmamaktadır; ancak önlem alma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler kotaların Anayasaya uygun bulunması açısından önem taşımaktadır.

Çalışmamızın bu bölümünde kadın erkek eşitliği konusunda önlem alınmasını öngören ya da açıkça kota konmasını düzenleyen Anayasalar tarafımızca tasnif edilmiş ve ardından 1982 Anayasası, kotalara dayanak olması bağlamında değerlendirilmiştir.

Söz konusu Anayasaların bazılarında, sadece genel olarak eşitliğin sağlanması konusunda "önlem" alınması gereği düzenlenirken, bazılarında ise "kadınların politika alanında teşvik edilmesi yükümlülüğü", "temsil oranının artırılması ödevi", "açıkça kota konması veya eşit temsilin sağlanması yükümlülüğü" gibi daha özel düzenlemeler yapılmıştır.

Bu bağlamda, ilgili Anayasaları dört gruba sınıflandırabiliriz.¹⁷⁸

Bu Anayasaların birinci grubunda, sadece kadın erkek eşitliğine ilişkin önlem alınmasına ilişkin genel hüküm bulunmaktadır. Bu gruptaki ülke Anayasalarının ilgili maddelerinin çoğunluğunun dili,

¹⁷⁶ <https://constitutions.unwomen.org/en/dashboard>, 12.01.2022.

¹⁷⁷ Constitution Assesment For Women's Equality, IDEA, Stockholm-2016, s. 22.

¹⁷⁸ Bu sınıflandırma ve tespitler tarafımızca ülke Anayasaları incelenerek yapılmıştır.

önlemin pozitif ayrımcılık yapılmasını içerecek ve dolayısıyla kotalara temel oluşturacak şekilde yorumlanmasına uygundur. (Türkiye Cumhuriyeti An. md. 10, F. Almanya An. md. 3, Avusturya An. md. 7, Angola An. md. 21, Yunanistan An. md. 116, Karadağ An. md. 8, Lüksemburg An. md. 11, İsveç An. Bölüm 2, md. 13, Yeni Zelanda Bill of Rights Act, md. 19, Papua Yeni Gine An. md. 55, Solomon Adaları An. md.15, Vanuatu Cumhuriyeti An. md. 5, Antigua ve Barbuda An. md. 14, Belize An. md.16, Burkino Faso An. md. 101, Kanada An. md. 15, 35, Gana An. md. 35, Grenada An. md. 13, Saint Kitts ve Nevis An. md. 15, Saint Lucia An. md. 13, Saint Vincent ve Grenadinler An. md. 13, Senegal An. md. 7, Sri Lanka An. md. 12). Söz konusu grupta yer alan bazı Anayasaların yazılışı ise, önlemin, pozitif ayrımcılık uygulamasını (ve kotaları) içerek şekilde yorumlanması açısından tartışma yaratabilir. (Finlandiya An. md. 6, Malta An. md. 14, İsviçre An. md. 8, Ukrayna An. md. 24, Fiji An. md. 26, Küba An. md. 44, Malavi An. md. 13, Kırgızistan An. md. 16, Vietnam An. md. 26).

İkinci grupta yer alan Anayasalarda politika alanında kadınların teşvik edileceği açıkça düzenlenmektedir. (Etiyopya An. md. 35, Madagaskar An. md. 6, Mauritius Cumhuriyeti An. md. 16, Namibya An. md. 23, Uganda An. md. 32, Portekiz An. md. 109, Slovenya An. md. 43, Arjantin An. md. 37, Kolombiya An. md. 40, Dominik Cumhuriyeti An. md. 13, Paraguay An. md. 48, Nepal An. md. 18, Suriye An. md. 23, Doğu Timor An. md. 17).

Üçüncü grupta yer alan Anayasalarda daha özel olarak, kadınların temsil oranının arttırılması öngörülmektedir. Bu grupta yer alan ülke Anayasalarında, genel olarak kadınların siyasette temsil oranının ya da parlamentodaki temsil oranının arttırılması hükme bağlanmıştır.¹⁷⁹ Genel olarak kadınların temsil oranlarının arttırılması konusunda düzenleme bulunan Anayasalar şunlardır: Kongo An. md. 8, Namibya An. md. 23, Ekvator Ginesi An. md. 13, Ethopya An. md. 35, Madagaskar An. md. 6, Somali An. md. 3, 11, Slovenya An. md. 43, Nepal An. md. 18 ve Doğu Timor Anayasası'dır (md. 63). Özel olarak parlamentodaki kadın temsilinin arttırılmasını açıkça öngören ama herhangi bir

¹⁷⁹ Bu ülkelerin bazılarının Anayasasında pozitif önleme ilişkin genel hüküm de bulunmaktadır.

kota koymayan Anayasalar: Cezayir An. md. 31, Mısır An.¹⁸⁰ md.11, Kolombiya An. md. 40, Dominik Cumhuriyeti Anayasası'dır (An. md. 39).

Kanaatimizce, ikinci ve üçüncü grupta yer alan ülkeler açısından yukarıda sayılan Anayasa hükümleri maddi eşitliğin sağlanmasına dolayısıyla kota konabilmesine temel oluşturmaktadır.¹⁸¹

Dördüncü grupta yer alan ülke Anayasalarında kotaların açık dayanağı bulunmaktadır.¹⁸²

Bu Anayasalar incelendiğinde;

Kota oranı verilmeden sadece kota konulmasını öngören Anayasalar: Tayvan An. md. 64, Peru An. md. 191, Guyana An. md. 160 ve Orta Afrika Anayasası'dır (md. 80).¹⁸³

Bu grupta yer alan Anayasaların bir kısmında ise kota oranı/sayısı açıkça belirtilmektedir. Verilen oranların/sayıların bazıları parlamentodaki sandalyelere ilişkindir, bazıları ise siyasi partilerin oluşturacakları listeler içindir. Bu Anayasalar: Afganistan¹⁸⁴ An. md. 83, 84, (Eyaletlerden en az iki kadın seçilecek şekilde, 68/249 sandalye-Halk Meclisi için), Bangladeş An. md. 65 (50/350 sandalye), Belçika An. md. 67 (1/3 sandalye-Senato için), Burundi An. md. 168,185, (%50 liste-Halk meclisi için; %30 sandalye-Senato için), Haiti An. md. 17 (%30-tüm kamusal görevler için), Esvatini An. md. 86, 94, 95 (%30 sandalye-Halk Meclisi için; Senato için ise en az 13 sandalye), Irak An. md. 49 (%25-Temsilciler Meclisi için), Kenya An. md. 27, 81, 90, 98 (47 sandalye Ulusal Meclis için; 16 sandalye Senato için), Nepal An. md. 84 (1/3), Tanzanya An. md. 66 (%30 sandalye), Ruanda An. md. 9, 76, 82 (%30

¹⁸⁰ Mısır Anayasası'nın 180. maddesi yerel meclisler için dörtte bir oranında kadın kotası öngörmektedir.

¹⁸¹ Ayrıca bkz. Constitution Assesment For Women's Equality, s. 69, 73.

¹⁸² Bu ülke Anayasalarının bazılarında da pozitif önlem öngören genel hükümler bulunmaktadır.

¹⁸³ Mauritius Cumhuriyeti'nde yerel seçimler için kota öngörülmüştür.

¹⁸⁴ Ağustos 2021 itibariyle Afganistan Anayasası esas alınmıştır. Taliban yönetimiyle birlikte, Afgan Anayasası'nın ve Afganistan'da kota yoluyla kadınlar, Mecliste yüzde yirmi yedi oranında (dünyadaki kadın temsil oranının üzerinde) temsil edilebilmişti. Ağustos ayında Taliban'ın yönetime gelmesinin ardından, altmış dokuz kadın milletvekilinin altmışının çeşitli ülkelerde yaşadığı, dokuzunun ise saklandığı belirtilmektedir. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-59609362>, 10.12.2021.

sandalye), Samoa An. md. 44 (%10 sandalye), Güney Sudan An. md. 16 (%25), Uganda An. md. 78 (her bölgeden bir sandalye), Pakistan An. md. 51 (%17 sandalye-Ulusal Meclis için), Nikaragua An. md.131(%50 aday listesi) ve Zimbabve Anayasası md. 17'dir (%50 aday listeleri için/Senato).¹⁸⁵

Dördüncü grupta yer alıp, seçimlerde kadınlara eşit fırsat tanınması ya da eşit temsilin sağlanması konusunda yükümlülük öngören Anayasalar ise: Meksika An. md. 41, Bolivya An. md. 11, 278, Arjantin An. md. 37, Fransa An. md. 1 ve 4, İtalya An. md. 51, Belçika An. md. 11, Portekiz An. md. 109, Sırbistan An. md. 100, Kosova An. md. 71, Moritanya An. md. 3, Fas An. md. 30, Tunus An. md. 46, Nijer An. md. 10, 22, Ekvator Cumhuriyeti Anayasası'dır (An. md. 13).

Kural olarak yukarıda sözü edilen her gruptaki Anayasaların kadınların temsil oranının arttırılması, kota oranı veya eşit temsilin öngörülmesine ilişkin formülasyonları birbirinden farklıdır. Anayasalardaki ilgili maddelerin düzenlenişine bakıldığında, devlete yükümlülük yüklendiği (örneğin, Tunus An. md. 46, Kenya An. md. 27), siyasi partilere yükümlülük getirildiği (örneğin, Meksika An. md. 41) ya da kadınlara hak verildiği görülmektedir (örneğin, Esvatini An. md. 86). Oranların emredici biçimde öngörüldüğü Anayasalar da bulunmaktadır (örneğin, Tanzanya An. md.66; Nikaragua An. md. 131; Ruanda An. md. 76, 82).

Türkiye'de 2004 yılında 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde yapılan değişiklikle kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu ve bu eşitliğin sağlanması için devletin yükümlü olduğu belirtilerek açıkça *önlem alma yükümlülüğü* getirilmiştir.¹⁸⁶ Bu düzenlemenin ardından

¹⁸⁵ Hindistan Anayasasında yerel seçimler için kadınlara en az %33 oranında kota konulması öngörülmektedir.

(An. md.24). Suudi Arabistan'da ise, bir kraliyet emri ile Kralın Danışma Meclisinde kadınlara yüzde yirmi oranında kota ayrılmakla birlikte, bu ülkede genel seçim yapılmamaktadır.

¹⁸⁶ Madde 10 - Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürllüleri, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine

2010 Anayasa değişikliğiyle, “bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı” açıkça belirtilerek, alınacak önlemlerin (tedbirlerin) pozitif ayrımcılık yapılmasını içerip içermediğine dair tartışmalar kanaatimizce sona erdirilmiştir.¹⁸⁷ Sonuç olarak Anayasamızda pozitif ayrımcılığın Anayasal temeli bulunduğundan,¹⁸⁸ her ne kadar kotalara ilişkin açık anayasal düzenleme bulunmasa da, kotalara ilişkin yapılacak yasal düzenlemeler Anayasaya aykırı görülemeyecektir.¹⁸⁹ Bununla birlikte, ülkemizde de kotalara ilişkin açık anayasal düzenleme yapılması, kotaların bir an önce yaşama geçirilebilmesi için önem taşımaktadır. Anayasal düzenleme yapılması ideal olmakla birlikte, ülkemizde kotalara ilişkin yasal düzenleme yapılması, Anayasa’ya aykırı olmak bir yana, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitliğin yaşama geçirilmesi yükümlülüğünün bir gereğidir.

VII. Anayasasında Kota Düzenlemesi Olmayan Ülkeler Açısından Yasa/Siyasi Partiler Tarafından Öngörülen Kotaların Eşitlik ve Demokrasi İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi

Cinsiyet kotaları Anayasalarda açıkça düzenlendiği sürece kotalara ilişkin yasaların/düzenlemelerin Anayasaya uygunluğu tartışmalı olmamaktadır. Ancak açık anayasal dayanak bulunmayan ya da Anasadaki önlem alma yükümlülüğünün pozitif ayrımcılık yapılmasını içerecek şekilde formüle edilmediği durumlarda, kota öngören yasaların/siyasi parti kotalarının Anayasal ilkelere uygunluğu tartışma konusu olmaktadır.

Cinsiyet kotaları, paradoksal bir şekilde bir yandan eşitlik ile demokrasinin bazı unsurlarına aykırı görülürken, diğer yandan bu ilkeler ile temellendirilmekte ve meşruiyet kazanmaktadır. Bu durum eşitlik ilkesine ilişkin farklı yorumlardan ve demokrasiye ilişkin yakla-

aykırı sayılmaz.

¹⁸⁷ Bkz. yukarıdaki dipnotta yer alan Anayasa md. 10.

¹⁸⁸ Gören, Pozitif, s. 6.

¹⁸⁹ Bertil Emrah Oder, “Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası”, içinde: Durudoğan H.-Gökşen F.-Oder B.E- Yüksek D. (ed.), Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar, Koç Ün. Yay., İstanbul-2010, s. 229; Gören, Pozitif, s. 16; Türkiye’de kotalara ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte, HDP, CHP, İYİ Parti ve DEVA partilerinin tüzük ve uygulamalarında cinsiyet kotalarına yer verdiği görülmektedir.

şımdaki yenilikten kaynaklanmaktadır. Kotalar ayrıca, seçme seçilme hakkını ya da siyasi parti özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesi ile de eleştirilmektedir. Ancak, insan hakları hukuku dinamik olduğu için, bir yandan seçilme hakkının kapsamı daha geniş olarak yorumlanmakta diğer yandan temel hakların sınırlandırılmasının meşru bulunmasına ilişkin de farklı anlayışlar bulunmaktadır.

1. Yargı Organlarınca Yapılan Değerlendirme Açısından Üç Örnek: Fransa, İtalya ve İspanya

a) Fransa

Fransa'da, eşit temsilin (paritenin) gerçekleşmesine ilişkin 1999 tarihli Anayasa değişikliği yapılmadan önce, Anayasa Konseyi kota veya listelerde eşit yer alma öngören kanun hükümlerini iki ayrı kararıyla Anayasaya aykırı görmüştü. Konseyin ilk kararı, yerel seçimlerde zorunlu kota getirilmesini öngören kanuna ilişkindi. Söz konusu kanun hükmü, seçim listelerinde bir cinsiyetin yüzde yetmiş beşten fazla oranda aday gösterilmesini yasaklamaktaydı.¹⁹⁰ Anayasa Konseyi 1982 tarihli kararıyla,¹⁹¹ ilgili Kanunu, Anayasa'nın 3. maddesi ve 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin 6. maddesinde yer alan milli egemenlik, oy hakkının ilkeleri (özellikle genel oy prensibi) ve kamusal makamlara seçilme konusunda kişiler arasında ayırım yapılamayacağı prensipleri açısından değerlendirmiştir.¹⁹² Anayasa Konseyine göre, Anayasa'nın 3. ve Bildiri'nin 6. maddesi birlikte değerlendirildiğinde; vatandaşlık, seçme hakkı ve aday olma hakkı herkese aynı şartlar altında (vatandaşlık, yaş, ehliyetsizlik, mahkumiyet gibi istisnalar dışında) tanınmaktadır. Anayasa Konseyine göre, söz konusu anayasal ilkeler oy hakkına ya da aday olma hakkına sahip kişilerin kategorilere bölünmesine izin vermemektedir; seçmenlere sunulan listelerin oluş-

¹⁹⁰ Millard, s. 135.

¹⁹¹ Constitutional Council, Decision no. 82-146; 18.11.1982.

¹⁹² Anayasa md. 3 milli egemenlik prensibini ve oy hakkının ilkelerini garanti etmektedir. Bildiri'nin 6. maddesi uyarınca "Yasa, genel iradenin ifadesidir. Tüm yurttaşların gerek bireysel olarak gerekse temsilcileri aracılığı ile yasanın oluşturulmasına katılma hakları vardır. Yasa herkesi aynı şekilde korumalı veya cezalandırmalıdır. Yasa önünde eşit olan tüm yurttaşlar, kapasitelerine göre ve erdemleri ile yetenekleri dışında hiçbir ayırım gözetmeksizin her türlü kamu görevi, rütbe ve makamlarına eşit olarak kabul edilirler."; Millard, s. 135, 136; Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 291.

turulmasında adaylar arasında cinsiyete dayalı ayırım yapılması sözü edilen anayasal ilkelere aykırıdır.¹⁹³

Anayasa Konseyi'nin kararı kota aleyhine verilmiş olsa da Fransa'da kadın hareketi herhangi bir kota oranını dahi yeterli görmemekte ve temsilde eşitliği (parity) hedeflemektedir. Pariteyi savunanlar, Anayasa Konseyi'nin kotayı Anayasaya aykırı gördüğünü, bununla birlikte paritenin kotalardan farklı olarak gerçek eşitliği hedeflediğini belirtmektedir. Eşitlik, pariteye göre soyut bir kavramdı ve kotalar gerçek eşitliği sağlamaktan uzaktı. Bu bağlamda pariteye ilişkin etkili bir kamuoyu oluşturuldu. Politikacıların da desteğiyle halkın yarısından fazlasının pariteye desteği sağlandı.¹⁹⁴

Bu gelişmeleri takiben 1999 yılında, Korsika Meclisi seçimlerine ilişkin listelerde kadın ve erkeklerin eşit yer almasını yani pariteyi öngören bir başka yasal düzenleme yapılmıştır. Ancak bu yasa da Anayasa Konseyi tarafından 1982 yılında verilen karardaki aynı gerekçelerle Anayasaya aykırı görülmüştür.¹⁹⁵ 1999 tarihli Anayasa Konseyi kararı, paritenin vatandaşları iki bileşene bölmediği, Fransız milletinin birliğine/bütünlüğüne herhangi bir saldırı olmadığı savıyla eleştirilmiştir.¹⁹⁶

Sonuç olarak, Fransız Anayasası'nda 1999 yılında değişiklik yapılmıştır. Birinci maddede yapılan Anayasa değişikliği uyarınca, maddeye 2. fıkra eklenmiştir. Buna göre: "*Kanunlar, kadın ve erkeklerin, mesleki ve sosyal sorumluluk pozisyonlarına olduğu gibi, seçimle gelinen görevlere de eşit erişimini teşvik eder*". 1. maddeye paralel olarak 4. maddeye de şu hüküm eklenmiştir: "*Siyasi partiler, birinci maddenin 2. fıkrasında belirtilen ilkenin kanunda öngörüldüğü şekilde uygulanmasına katkıda bulunur*".

¹⁹³ Par. 7.

¹⁹⁴ Millard, s. 135- 137.

¹⁹⁵ Constitutional Council, Decision no. 98-407; 14.01.1999; Zeynep Oya Usal, "Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Merceğinden Kadının Siyasal Hayata Katılımı ve Bazı Kota Uygulamaları" içinde: Durudoğan H.-Gökşen F.- Oder; B.E. Yüksek D. (Ed.) Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, İstanbul-2020, ss. 159; Anayasa Konseyi'nin kararına yönelik eleştiriler için bkz. Lenoir, s. 236. Anayasa Konseyi, 1982 tarihli kararındaki gerekçeler ışığında, vatandaşlığın, (yaş, kısıtlılık, vatandaşlık gibi sebepler dışında) oy hakkını ve aday olma hakkını herkese aynı koşullarda tanıdığı; seçmenler ile adaylar arasında cinsiyet sebebiyle bir ayırım yapılamayacağını belirtmiştir." <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/1999/98407DC.htm>.

¹⁹⁶ Lenoir, s. 242.

Anayasa değişikliğinin ardından, bu değişikliği yaşama geçirecek yasal düzenleme yapılmıştır.¹⁹⁷ 2000 tarihli “Seçimle Geline Görevlere Kadınlar ve Erkeklerin Eşit Erişimi Kanunu” uyarınca siyasi partilerin seçim listelerinde ya da adaylıklarda iki cinsiyete eşit oranda yer vermesi öngörülmüştür.¹⁹⁸ Nispi temsil sisteminin uygulandığı seçimler açısından listelerde her iki cinsiyet yüzde elli oranında yer alacaktır. Senato ve Avrupa Meclisi seçimleri için listelerde fermuar yöntemi uygulanacaktır (birbirini izleme/alternation). Bu kurala uymayan siyasi partiler için, listenin kabul edilmemesi yaptırım uygulanacaktır. Millet Meclisi seçimlerinde ise, seçim sistemi olarak tek isimli çoğunluk usulü uygulandığından (ve bu sistemde liste söz konusu olamayacağından) toplamda her iki cinsiyetten eşit aday gösterilmesi öngörülmüştür. Bu şartı sağlamayan siyasi partiler açısından devlet yardımının kesilmesi yaptırım getirilmiştir.¹⁹⁹

İlgili Kanun’un öngördüğü yaptırımların da Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüş ancak bu kez Anayasa Konseyine yapılan başvuru, Kanun’un Anayasaya uygun bulunması sebebiyle reddedilmiştir.²⁰⁰ Anayasa Konseyi, paritenin, Fransız Cumhuriyetini topluluklar birliğine dönüştürmeyeceğini kabul etmiştir. Konseye göre, “Paritenin amacı, kadınlar ve erkeklerin seçimle gelen pozisyonlara eşit erişiminin sağlanması ilkesini tam olarak etkili kılmaktır.”

b) İtalya

İtalya örneğine bakıldığında 1993 yılında, “yerel seçimlerde belirli bir cinsiyetin yüzde yirmi beş veya otuz üçün altında ve Kongre seçimlerinde ise yüzde yirmi beşin altında listelerde yer alamayacağına” ilişkin düzenleme yapılmış ve ilgili hükümlerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür (nitekim, bu tarihte kotalara ilişkin Anayasal düzenleme henüz yapılmamıştı). Anayasa Mahkemesi kanun hükümlerini 1995 yılında iptal

¹⁹⁷ Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 291, 292.

¹⁹⁸ Fransa’da Senato seçimlerinde nispi temsil sistemi uygulanmakta (iki milletvekili çıkan bölgelerde iki türlü çoğunluk sistemi uygulanmaktadır) iken Ulusal Meclis seçiminde tek isimli iki türlü çoğunluk sistemi uygulanmaktadır. Parite her iki meclis seçimi için de öngörülmektedir. Bkz. <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/country-view/86/35>, 23.06.2021.

¹⁹⁹ Millard s. 140, 147.

²⁰⁰ Constitutional Council, Decision no. 2000-429DC; 30.05.2000.

etmiştir.²⁰¹ Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesinde Anayasa'nın 3. maddesinde yer alan "kanun önünde eşitlik" ve "ayrımcılık yasağı" ile 51. maddede yer alan "kamu görevine/seçimle gelinen görevlere her iki cinsin eşit biçimde girmeye hakkı olduğuna" dair hükümlere dayanılmıştır. Karara göre, "cinsiyet, herkese eşit olarak tanınmış olan aday olma hakkının yerine getirilmesi için bir şart haline getirilemez".²⁰² Anayasa Mahkemesi, siyasi partilerin kendi iradeleriyle kabul edecekleri kotaların ise Anayasaya aykırı olmayacaklarını belirlemiştir.²⁰³

Anayasa Mahkemesi'nin kararının ardından, 2001 ve 2003 yıllarında, kotalara ilişkin Anayasal düzenleme yapılmıştır.²⁰⁴ Öncelikle yukarıda sözü edilen 51. maddeye ek bir fıkra getirilmiştir. Buna göre: "Bu amaçlarla, Devlet, kadınlarla erkekler arasında eşit fırsatların yaratılması için özel önlemler alacaktır". Ayrıca 117. maddeye şu hüküm eklenmiştir: "Bölgesel kanunlar sosyal kültürel ve ekonomik yaşamda kadın ve erkeklerin tam eşitliğine ilişkin engelleri kaldırır ve kadınlar ve erkekler için seçimle gelinen görevlere erişimde eşitliği sağlar". Bu gelişmenin ardından, (ve hatta Anayasa değişikliğinin kabul edilip, yürürlüğe girmesinden önce) Anayasa Mahkemesi'nin de içtihadı değişmiş ve bölgesel Meclis seçimlerinde her iki cinsiyetten eşit aday gösterilmesine ilişkin yapılan bir düzenleme Anayasaya uygun bulunmuştur.²⁰⁵ Bu kararda Anayasa değişikliğinin ötesinde Mahkemenin bakış açısında da değişiklik olduğu görülmektedir. Mahkeme'ye göre, "İlgili kanun cinsiyetlere yönelik eşit olmayan düzenleme getirmemektedir; düzenleme nötrdür." Mahkeme, listelerin düzenlenişi siyasi partilere bağlı olduğundan, erkeklerin listelerin dışında kalmalarının onların aday olma haklarını ihlal etmediğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca ilgili düzenleme, milletin temsili ilkesini²⁰⁶ de zedelememektedir çünkü her

²⁰¹ Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 294; Lenoir, s. 237.

²⁰² Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 295; Lenoir, s. 238.

²⁰³ Mathias Möschel, "Gender Quotas in French and Italian Public Law: A Tale of Two Overlapping and Then Diverging Trajectories", *German Law Journal*, Y. 2018, V. 19, N. 6, s. 1493.

²⁰⁴ Möschel, s. 1494.

²⁰⁵ Decision no 49/2003; Möschel, s.1494.

²⁰⁶ Milletin temsili ilkesi (unitary nature of the representation), milletvekillerinin bir bütün olarak milleti temsil etmeleri anlamını taşımaktadır. Ayrıca, temsilci de tek tek milletvekilleri değil, millet meclisidir. Milletvekilleri, kendilerini seçenlerin veya seçildikleri çevrenin vekili değildirler; manevi ve soyut bir varlık olan ulusu temsil etmektedirler. Böylelikle milletvekillerinin temsil yetkisi ve statüsü, kendi-

iki cinsiyetten seçmenlerle aynı cinsiyetten seçilen adaylar arasında herhangi bir yasal ilişki kurulmamaktadır; düzenleme siyasi parti özgürlüğünü etkilemektedir ki kanunun bu yönü de yapılan Anayasa değişikliğine dayanmaktadır.²⁰⁷

c) İspanya

İspanya'da 2007 tarihli Kanun yerel, bölgesel ve genel seçimlerde, siyasi parti listelerinde her bir cinsiyete en az yüzde kırk oranında yer verilmesini öngörmüştür. Anayasada pozitif ayrımcılık ya da kotalara ilişkin özel bir düzenleme bulunmamasına rağmen düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı görülmemiştir.²⁰⁸

İspanyol Anayasası'nın 9/2 maddesinde genel olarak bireyler ve gruplar arasında eşitliğin gerçek ve etkili bir şekilde sağlanması ve tüm vatandaşların siyasi ekonomik kültürel ve politik hayata katılımının kolaylaştırılması görevi devlete verilmektedir. Bu noktada tartışmalı olan nokta, kadınların politik hayata katılımının sağlanması için hangi önlemlerin alınmasının meşru olacağıdır. Siyasi partilerin kadınları aday göstermesine yönelik teşvik edici hükümlerin 9. maddede kapsamında Anayasaya uygunluğu tartışmalı olmamakla birlikte, zorunlu kotalar da 9. madde bağlamında alınması gereken tedbirler içinde değerlendirilebilecek midir? İspanyol Anayasa Mahkemesi bu soruya olumlu yanıt vermiştir.²⁰⁹ İspanya'da ayrıca, bölgesel düzeyde temsilde parite öngören bölgesel düzenlemeler de bulunmaktadır.²¹⁰

2. Cinsiyet Kotaları ve Eşitlik İlkesi

Anayasa ile açıkça kotaya ya da pozitif ayrımcılığa yer verilmesi, kota öngören kanunlar açısından Anayasaya aykırılık sorunu yaşanmamasını sağlayacaktır. Kotalara ilişkin açık düzenleme ya da önlem alma yükümlülüğü öngörmeyen (ve CEDAW'ı Anayasa düzeyinde/

lerini seçen seçmenlerden bağımsızlaşmakta ve emredici vekalet ilişkisi yasaklanmaktadır. Tefik Gülsoy, *Milletin Temsili, Kamu Hukuku Arşivi*, Y. 2006, C. 9, S. 2, s. 85.

²⁰⁷ Bkz. Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 295, 296.

²⁰⁸ Constitutional Court (STC) 12/2008, 29.01.2008; Rodriguez Ruiz/ Rubio Marin, s. 297, 316.

²⁰⁹ Constitutional Court (STC) 12/2008, 29.01.2008.

²¹⁰ Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 296.

üzerinde kabul etmeyen)²¹¹ ülkeler açısından ise -yukarıda Fransa ve İtalya örneklerinde görüldüğü üzere- kotaların kanunla öngörülmesi veya siyasi partilerce benimsenmesi, tartışmalı olabilecektir. Bunun en önemli nedeni, pozitif ayrımcılık biçimi olan kotaların şekli eşitlik ilkesine ya da ayrımcılık yasağına aykırı görülebilecek olmasıdır. Kadınlara yönelik genel olarak önlemler (pozitif önlemler) alınabileceğini (pozitif eylem ya da olumlu eylem gibi) düzenleyen ülkeler açısından dahi sert ve katı bir önlem biçimi olan kotaların eşitlik ilkesine uygunluğu tartışılabilir.

Bu noktada eşitlik ilkesine ne anlam verildiği ve eşitlik ilkesinin nasıl yorumlandığı Anayasaya uygunluk probleminde ilişkin yanıtı belirleyecektir. Eşitliği şekli eşitlik olarak yorumlayan yargısal organlar açısından, kotalarla aynılara/benzerlere, farklı kural getirildiğinden, kotaya ilişkin düzenleme eşitlik ilkesine aykırı görülecektir²¹²; çünkü şekli eşitlik anlayışında herkese yönelik genel düzenlemeler yapılır ve geçmişten kaynaklanan dezavantajlar göz önüne alınmaz.

Eşitlik ilkesini maddi eşitlik²¹³ şeklinde yorumlayan yargısal organlar açısından ise, kotalarla her ne kadar farklı muamele öngörülüyor olsa da düzenleme haklı neden bulunarak meşru görülebilecektir. Maddi eşitlik anlayışı çerçevesinde dezavantaj testini uygulayan mahkemeler tarafından ise, kotaların meşru bulunması son derece doğal olacaktır. Çünkü kotalar, kadınlara yönelik dezavantajları or-

²¹¹ Uluslararası Sözleşmelerin Anayasa düzeyinde uygulandığı ülkeler Ö. Brezilya (Anayasa md. 5(3)), Kenya (Anayasa md. 2(5, 6)), Kırgızistan (Anayasa md. 6(3)). Bkz. Constitution Assesment For Women's Equality, s. 182.

²¹² Aynılara/benzerlere aynı uygulama ya da davranma anlamına gelen şekli eşitlik (formal equality) anlayışı içinde; kadın ve erkek aynı kabul edildiğinde, aynı düzenlemelere ve uygulamalara tabi olacaklardır. Bu bağlamda şekli eşitlik anlayışı çerçevesinde 20. yüzyılda kadınlarla erkekler arasında eşitlik sağlanmıştır. Ancak bu durum sonuçlarda eşitlik sağlanmasını gerçekleştirememiştir. Rolanda Oostland, "The Principle of Equality" in: Westendorp I. (Ed.), The Women's Convention Turned 30, Achievements, Setbacks and Prospects, Cambridge- 2012, s. 69. Şekli ve maddi eşitlik için ayrıca bkz. Waddington/Visser, s. 97

²¹³ Maddi eşitlik (substantive equality) anlayışı, sonuçların eşitliğine odaklanmaktadır. Bu eşitlik anlayışında kadın ve erkeklerin farklı durumları dikkate alınmaktadır; sonuçların eşitliğinin sağlanması için bu anlayış içinde farklı muameleye izin verilir. Oostland, s. 69, 70. Maddi eşitlik, ayrımcı uygulamalara etkili bir şekilde son vermeyi ve kadınların dezavantajlı durumlarını kaldırmayı hedefler; geçmişten gelen ya da mevcut bulunan ayrımcılığı düzeltmek ya da tazmin etmek için programlar gerektirir. Waddington/Visser, s. 97; Dündar Sezer, Kadın Erkek Eşitliği, s. 137 vd.

tadan kaldırarak aslında fiili/gerçek eşitliği sağlamaktadır. Kadınlar ve erkeklerin eşit olduğunun belirlendiği Anayasalar açısından ise, bu formülasyonun fiili eşitliği amaçladığı ve kotaların Anayasaya uygun olduğu savunulabilecektir.²¹⁴

Kanaatimizce, eşitlik ister “eşit haklar”, “ayrımcılık yasağı”²¹⁵ isterse “kadın ve erkekler eşit haklara sahiptir” şeklinde formüle edilmiş olsun, maddi eşitlik anlayışı uyarınca yorumlandığında; parlamento seçimlerinde kota şeklinde önlemlerin alınması meşru ve Anayasaya uygun kabul edilmek durumundadır.²¹⁶ Gerek pozitif eylem, olumlu eylem, geçici özel önlem gerekse pozitif ayrımcılık maddi eşitlik anlayışına dayanır. Cinsiyet kotaları, hukuki nitelik olarak hangi üst başlık altında değerlendirilirse değerlendirilsin, dezavantajları ortadan kaldırma amacı güden ve fiili eşitliği/sonuçların eşitliğini hedefleyen maddi eşitlik anlayışı çerçevesinde meşru görülecektir.

3. Cinsiyet Kotaları ve Demokrasi

Kotaların maddi eşitlik anlayışı dışında başlıca temellendirilmesi demokrasi prensibine dayanmaktadır. Kadınlarla erkeklerin eşit temsil edilmesi, genel oy ilkesinin kabulüyle başlayan liberal devletten demokratik devlete geçişi sağlayacaktır.²¹⁷ Bu bağlamda eşit temsilin sağlanmasının demokratik devletin gerçek yorumu için esas olduğu belirtilmektedir.²¹⁸ Bununla birlikte, -yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi- özellikle anayasal düzeyde kotaların açık dayanağının bulunmadığı ülkeler açısından kota düzenlemelerinin demokrasinin bazı unsurlarına aykırı olabileceği ve belirli temel hakları ihlal ettiği de ileri sürülebilir. Bu tartışma özellikle oy hakkı, oy hakkının ilkeleri, milli egemenlik, siyasi parti özgürlüğü, seçilme hakkı²¹⁹ bağlamında karşımıza çıkmaktadır.

²¹⁴ “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir” formülasyonunun zaten gerçek eşitliği amaçladığı ve gerçek eşitliğin sağlanması için önlemler alınmasını içerdiği doktrinde savunulmaktadır. bkz. Gören, Pozitif, s. 21, Eckertz Höfer, s. 47.

²¹⁵ “Ayrımcılık yasağı”nın garanti edildiği Anayasalar açısından cinsiyet kotalarının bu ilkeyi ihlal etmemesi hakkında bkz. Zafer Gören, “Kota Düzenlemelerinin Anayasaya Uygunluğu”, *Anayasa Yargısı*, Y. 1999, C.16, (Kota), s. 394.

²¹⁶ Gören, Kota s. 394.

²¹⁷ Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 289; AK Bakanlar Komitesi de tavsiyelerinde temsilde kadın erkek dengesinin sağlanmasının demokrasiyi güçlendirdiğini vurgulamaktadır. Bkz. Rec (2003) 3.

²¹⁸ Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 297.

²¹⁹ Gören, Kota, s. 384 vd.

Fransız Anayasa Konseyi 1982 yılında, kotalara ilişkin kanun hükmünü, milli egemenlik, oy hakkının ilkeleri²²⁰ ve kamusal makamlara seçilme konusunda ayırım gözetilmemesine ilişkin hükümler açısından değerlendirmiş ve söz konusu ilkeleri birlikte değerlendirerek kotalara ilişkin düzenlemeyi Anayasaya aykırı görmüştü.²²¹ Ancak Anayasa Konseyinin kararındaki gerekçelerin aksine, kotalar ya da kadınların eşit temsiline öngörülmesi, kadınların spesifik amaçları olan bir grup olarak temsil edilmesinin bir aracı olmadığı gibi sosyal bir grup temelinde kolektif oy verilmesi anlamını da taşımamaktadır. Bunun yanı sıra, kotalar ya da parite, kadınların kadınlara²²² erkeklerin erkeklere oy vereceği anlamını taşımaz ve kadın parlamenterlerin bütün milleti temsil edeceği gerçeğini değiştirmez. Tam aksine kotalar, milli egemenlik ilkesini ve temsili demokrasiyi gerçekleştirmek için, toplumun yarısını oluşturan kadınların aday olma hakkını reddetmekten kaçınmak ve kadınların temsilci olarak görülmek yerine sadece temsil edilme statüsünde kalmasını önlemekle ilgilidir. Kotalar veya eşit temsil, milli egemenlik ve oy hakkının ilkeleriyle çatışmadan, demokratik sistemin meşruluğunu zenginleştirir.²²³ Bu bağlamda kotalar seçmenlerin oy hakkına haksız bir müdahale oluşturmamakta, bilakis seçmenlere, kadınlara ve erkeklere oy verme imkanı sağlayarak, onların seçme olanaklarını genişletmektedir.²²⁴ Seçilme hakkı bağlamında ise; bu hak aday gösterilme hakkını ve seçilebilmek için demokratik olanaklara sahip olmayı da içerecek şekilde yorumlanmalıdır.²²⁵ AK Bakanlar Komitesi, -tavsiyeleri ve deklarasyonlarında- kadınlar ve erkeklerin siyasi/kamusal karar mekanizmalarında dengeli temsil edilmesini, demokratik toplumun daha iyi işlemesi için gerekli bir koşul ve insan haklarından yararlanma meselesi olarak değerlendirmektedir. Bu

²²⁰ Bu bağlamda, bireysel oy, oy hakkının kişilere belirli bir grubun üyesi olmak sebebiyle değil, sadece birey olma sebebiyle veriliyor olmasıdır.

²²¹ Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 291, 301.

²²² Kadınlar, kadın olmak sıfatıyla tek bir çıkar grubu değildir; kadınların farklı ideolojileri vardır.

²²³ Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 301, 302; Venedik Komisyonu, seçimlerde uygulanan cinsiyet kotalarının, anayasal dayanağı olması durumunda, genel oy ilkesini ihlal etmediğini belirlemiştir. Bkz. Venedik Komisyonunun Bakanlar Komitesinin Görüşlerine İlişkin Yorumları, CDL (2020) 031.

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2020\)031-e,01.11.2021](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)031-e,01.11.2021)

²²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gören, Pozitif, s. 18 vd.

²²⁵ Wittkopp, s. 202.

dengeinin sağlanması için “devletlerin *pozitif eylem önlemleri*”²²⁶ alması gerekliliği de tavsiyelerde vurgulanmaktadır.²²⁷

Anayasalarda kotalar öngörülmediğinde, yasa ile getirilen kotaların siyasi parti özgürlüğüne aykırı olacağı da ileri sürülebilecektir. Çünkü siyasi parti özgürlüğü kapsamında, partiler kendi iç düzenlemelerini özerk bir şekilde yaparlar. Ancak kotalara ilişkin anayasal düzenleme bulunmasa dahi, demokrasi ve eşitlik ilkeleri her cinsiyetin belli bir oranda temsil edilmesini gerektirmektedir.²²⁸ Bu durumda, kota getiren yasalarla, siyasi parti özgürlüğüne müdahale edildiği ileri sürüldüğünde, (ulusal hukuk sisteminin öngördüğü anayasal sınırlama rejimine paralel olarak) demokrasi, eşitlik, başkalarının haklarının korunması gibi ilkelerin iddia edilen müdahalenin meşru amacını oluşturacağı ileri sürülebilir.²²⁹ Siyasi parti özgürlüğünün, (özellikle bu özgürlüğe ilişkin özel sınırlama nedeni getirmeyen Anayasalar açısından) eşitlik²³⁰ ve demokrasi gibi diğer Anayasal kurullarla sınırlandırılmasından yola çıkmak da bir başka çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, siyasi partilerin faaliyetlerini düzenlemelerine ilişkin özgürlük ile Anayasalarda yer alan demokrasi, eşitlik ilkeleri arasında bir çatışma bulunduğunu ve siyasi parti özgürlüğünün etkilerini optimal düzeyde koruyacak bir sınırlamaya uğradığını söyleyebiliriz.²³¹ Söz konusu sınırlamalar demokratik toplum düzeni-

²²⁶ “positive action measures”

²²⁷ Rec (2003)3; Declaration (12.05.2009)

²²⁸ Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 289

²²⁹ Müdahalenin meşruluğu değerlendirilmesinde, meşru amaç güden müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olduğu değerlendirilebilir. Ayrıca bkz. Gören, Kota, s. 386.

²³⁰ Gören, Kota, s. 387, 388.

²³¹ Bir diğer deyişle pratik uyumlaştırma ilkesi gereğince bu özgürlüğe müdahale edilebileceğini söyleyebiliriz. Pratik uyum/uyum, bir anayasal sınır ortaya çıktığında uygulanabilecek bir ilkedir. Temel haklar diğer anayasal normlarla çatıştıkları oranda, pratik uyum ilkesi vasıtasıyla bir sınırlamayla karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu ilkeye göre, çatışan haklar ya da normlardan her birine nominal etki sağlayacak bir çözüm bulunması gereklidir. Bkz. Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara-1982, s. 39; Bertil Emrah Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Çalışma, İstanbul-2010, s. 64; Sibel İnceoğlu, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, içinde: İnceoğlu S. (Ed.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 3. B., İstanbul-2013, s. 24; Metin Özdemir, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası’nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Y. 2014, C. 3, S. 5, s. 430 vd.

nin gerekleri ve oranlılık kriterleri açısından kanaatimizce Anayasaya uygunluk koşulunu sağlayacaktır. Erkeklerin aday gösterilme ya da seçilme hakları açısından da aynı gerekçeleri ileri sürmemiz mümkündür. Nitekim AIHM'nin yukarıda yer verdiğimiz kararında, *“siyasi karar alma sürecine kadınların ve erkeklerin katılımının daha dengeli olmasının sağlanarak, demokratik meşruluğun güçlendirilmesi”*, kotalara ilişkin yaptırım getiren düzenlemenin yani yapılan müdahalenin, meşru amacı olarak kabul edilmiş ve müdahale orantılı bulunmuştu.²³²

Kotalar söz konusu olduğunda diğer dezavantajlı gruplar için de Pandora'nın kutusunun açılacağı ileri sürülmekle birlikte cinsiyet kotalarına ilişkin şu husus vurgulanmaktadır: Cinsiyet herhangi bir farklılık faktörü değildir; doğal, kesin, evrensel bir farklılıktır. Kadınlar bir grup ya da azınlık değildir. Kadınlar toplumun yarısını oluşturur. Vatandaş sadece soyut bir kavram değil, cinsiyeti olan bir bireydir. Dolayısıyla cinsiyetlerin eşit temsili, insanlığın iki cinsiyetten oluşmasının politik bir ifadesidir ve bu nedenle demokratik meşruluğun sağlanması için temsili organlarda eşit temsilin sağlanması gerekir.²³³

Son tahlilde, eşitlik ilkesinin maddi eşitlik anlamında ve demokrasinin kadınlarla erkeklerin dengeli bir şekilde temsil edilmesini içerecek şekilde yorumlanması, cinsiyet kotası öngören düzenlemelerin Anayasa aykırı olmadığı sonucuna varılmasını sağlayacaktır.²³⁴

²³² Metna Zevnik ve Diğerleri/Slovenya, Başvuru No. 54893/18, 12.11.2019, p. 34. Belirtmek gerekir ki 1 no'lu protokolün 3. maddesinde, serbest seçim hakkına müdahaleyi meşru kılaçak amaçlar sıralanmamaktadır. Bununla birlikte, AIHM, bu hakka ilişkin zımnı (inherent) sınırlamalar bulunduğunu kabul etmekte ve Sözleşme devlet tarafından müdahalenin amacı olarak gösterilen sebebi meşru olarak kabul edebilmektedir.

²³³ Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 301, 302; Fransa'da pariteye ilişkin düzenlemelere karşı çıkan Robert Badinter şu savı ileri sürmüştür: *“Bizler vatandaşız ve vatandaşın başka herhangi bir şey değiliz. Bu Cumhuriyetimizin temel prensibidir. Cumhuriyet hiçbir zaman grupların ya da farklı bileşenlerin yan yana gelmiş mozaik olmamıştır; sadece hiçbir ayırım yapmadan bireyleri, insanları ve vatandaşları tanımıştır, başka bir şeyi değil”*. Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 301.

²³⁴ Türk Anayasa Mahkemesinin, Yargıtay Cumhuriyet Savcılığının Anavatan Partisi için ihtar istemi sonucunda verdiği kararında dolaylı olarak kotalara ilişkin değerlendirme yapılmıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Parti Tüzüğünde yer alan *“Merkez Karar ve Yönetim Kurulunun 10 asıl ve 5 yedek üyesinin Büyük Kongrede yeni Genel Başkan tarafından gösterilen 20 aday arasından seçilir”* şeklinde düzenlemenin Anayasa ve Siyasi Partiler Kanununa aykırı olduğunu ihtar isteminin gerekçesinde belirtmektedir. (An. md. 69, SPY md. 16, 93). Davalı parti, tüzüğün anılan hükmünün, normal parti-içi süreçlerde uzman kişilerin ve özellik-

VIII. Kotaların Uygulamaya Geçişi ve Etkili Olmasının Yolları

1. Kotaların Uygulamaya Geçişi

Kota türlerine paralel olarak bazı ülkelerde hukuki düzenleme ile getirilen kotalar bazı ülkelerde ise bir ya da birden fazla siyasi partinin gönüllü olarak uyguladığı siyasi parti kotaları söz konusudur. Anayasal düzenleme ve/veya yasalarla en az bir meclis için parlamento seçimlerinde kota öngören ülke sayısı (aday kotaları ve rezerv edilen sandalyeler) seksen sekizdir. Siyasi partilerin kota uygulamalarıyla birlikte kota uygulayan ülke sayısı yüz otuza çıkmaktadır.²³⁵

2022 verileri itibarıyla dünyada en yüksek kadın temsil oranına sahip yirmi iki ülkeden on dokuzunda kota uygulanması bulunmaktadır.²³⁶ Bu on dokuz ülke sırasıyla; Ruanda, Nikaragua, Meksika, Birleşik Arap Emirlikleri, Yeni Zelanda, İzlanda, Güney Afrika, Andora, Bolivya, İsveç, Kosta Rika, Norveç, Arjantin, Namibya, İspanya, Senegal, İsviçre, Mozambik, Belçika'dır.

Sözü edilen on dokuz ülkeden on tanesinde kotalar Anayasa ve/veya yasayla öngörülmektedir.²³⁷ Bu on ülkeden Ruanda'da ve Birle-

le kadınların, parti merkez ve karar yönetim organında daha büyük ölçüde temsilini amaçladığını, Merkez Karar ve Yönetim Kurulunda görev yapan beş kadın üyenin tümünün Tüzüğü'nün bu hükmü uyarınca seçildiğini belirtmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi'ne göre "Ekonomik ve sosyal nedenlerle siyasi hayata aktif olarak katılmayan belirli sınıf ya da meslekten olanların seçilmesini sağlamak amacıyla Genel Başkan'ın isteği doğrultusunda Büyük Kongre'ce seçilmek üzere sınırlı sayıda aday gösterilmesi eşitlik ve demokrasi ilkelerine aykırılık oluşturmaz. Anavatan Partisi Tüzüğü'nün ihtar istemine konu olan kuralı Anayasa'nın 69. maddesinin birinci fıkrası ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na aykırılık oluşturmadığından istemin reddine karar verilmesi gerekir." E. 2002/3 (siyasi parti-ihtar), K. 2003/1, KT. 22.01.2003.

²³⁵ <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/database>, 01.02. 2022.

²³⁶ 2022 (Ocak) verileriyle en yüksek kadın temsil oranının bulunduğu 22 ülke sırasıyla şunlardır (Ülkelere ilişkin verilen birinci oran alt meclis, ikinci oran ise üst meclise ilişkindir): Ruanda (%61.3- 34.6), Küba (%53.4), Nikaragua (%50.6), Meksika (%50.0- 49.2), Birleşik Arap Emirlikleri (%50.0), Yeni Zelanda (%49.2), İzlanda (%47.6), Grenada (%46.7- 15.4), Güney Afrika (%46.1-37.0), Andorra (%46.4), Bolivya (%46.2-55.6), İsveç (%46.1), Kosta Rika (%45.6), Finlandiya (%45.5), Norveç (%45.0), Arjantin (%44.8- 43.1), Namibya (%44.2- 14.3), İspanya (%43.0- 39.3.), Senegal (%42.7), İsviçre (%42.5-28.3), Mozambik (%42.4.), Belçika (%42.0- 48.3). Bkz. <https://data.ipu.org/women-ranking?month=6&year=2021.>, 31. 01. 2022.

En yüksek kadın temsil oranına sahip yirmi iki ülke arasında kota uygulamayan üç ülke: Finlandiya, Küba ve Grenada'dır.

²³⁷ Ruanda, Nikaragua, Meksika, Birleşik Arap Emirlikleri, Bolivya, Kosta Rika, Arjantin, İspanya, Senegal, Belçika.

şik Arap Emirlikleri'nde rezerve edilmiş sandalye usulü; Nikaragua, Meksika, Bolivya, Kosta Rika, Arjantin, İspanya, Senegal ve Belçika'da hukuki düzenleme ile getirilen aday kotaları bulunmaktadır. Diğer dokuz ülkede ise siyasi partilerin kendi iradeleriyle koydukları siyasi parti kotaları bulunmaktadır.²³⁸ Anayasa ve/veya yasa ile öngörülen kotalar tüm siyasi partilere yönelik bağlayıcı kurallar getirmesi sebebiyle daha etkili sonuçlar doğurmaktadır. Bununla birlikte siyasi parti kotası uygulayan dokuz ülkenin kadın temsil oranlarının bu kadar yüksek olmasının sebebi, siyasi partilerin kendilerinin yüksek oran görmeleri ve kural olarak söz konusu ülkelerde toplumsal cinsiyet eşitliğinin büyük ölçüde yaygınlaşmış olmasıdır.²³⁹

Son yirmi beş yılda kadın temsiline en fazla arttığı Amerika kıtası ülkelerinde söz konusu artış kotalarla sağlanmıştır. Bu kıtada, on altı ülkede hukuki düzenleme ile getirilen kotalar uygulamakta olup, ayrıca aday sıralamalarına ilişkin kurallar ile kurallara uymayan siyasi partilere yönelik yaptırımlar getirilmiştir. Böylelikle Amerika kıtasında 2019 yılında ilk kez kıta bazında temsil oranı %30'u aşmıştır. 2022 yılı itibariyle oran %33,5'tir.²⁴⁰ Avrupa'da ise bu oran %31,1'dir. Avrupa ülkeleri, Amerika kıtası ülkeleri ile birlikte kotalara ilk yer veren ülkelerdir.²⁴¹ Dünyada en yüksek kadın temsil oranının görüldüğü Ruanda'da kota uygulaması ile birlikte, 1995'te %4,3 olan kadın temsil oranı, 2018 seçimlerinde %61'e çıkmıştır.²⁴² Başka sahra altı Afrika ülkelerinde de kotalar sayesinde %40'ın üzerinde kadın temsil oranları gerçekleşmiştir. (Ör. Güney Afrika, Senegal, Namibya ve Mozambik.) Orta Doğu ve Kuzey Afrika ülkelerine bakıldığında, bu ülkelerin çoğunda kadınlara seçme ve seçilme hakkı son derece geç

²³⁸ Sözü edilen dokuz ülke sırasıyla: Yeni Zelanda, İzlanda, Güney Afrika, Andora, İsveç, Norveç, Namibya, İsviçre ve Mozambik'tir.

²³⁹ Burada dikkat çeken husus, siyasi partilerin iradeleriyle kota uygulanan bu ülkelerde siyasi partilerin yüzde elli gibi yüksek kota oranları öngörmüş olmalarıdır. Söz konusu partilerin liste sıralamasına ilişkin kurallar getirdikleri de görülmektedir. Ör. İsveç ve Namibya'daki partiler. <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/voluntary-overview>, 01.02. 2022.

²⁴⁰ Women in Parliament: 25 Years s. 5, 6; 2021 yılı itibariyle bölgesel bazda Meclislerde temsilci oranları için bkz.

https://data.ipu.org/women-averages?month=6&year=2021&op=Show+averages&form_build_id=form-bYFrw4E6SRBGWLvUrSicgw3oNE80uU5JaOeJ9MKH4hY&form_id=ipu__women_averages_filter_form 31.01.2022.

²⁴¹ Women in Parliament: 25 Years, s. 16.

²⁴² Women in Parliament: 25 Years, s. 8.

verilmiş olmakla birlikte, son yıllarda kotaların konulmasıyla temsil oranında artış sağlanmıştır; 2022’de oran %16,9’a çıkmıştır. Pasifik ülkelerinde oran %20,9’dur ve halen kadın temsilci olmayan Pasifik ülke parlamentoları bulunmaktadır. Son yıllarda kadın temsil oranının artmasının da en önemli sebebi bazı Pasifik ülkelerinin kotaları benimsemeleridir. Asya’da kadın temsil oranı %20,7’dir ve Asya en düşük temsil oranı artışını gördüğü kıtadır. Nedeni ise, kotalara büyük ölçüde yer verilmemesidir.²⁴³

Dünyada, herhangi bir kota türü uygulayan yüz otuz ülkenin kadın temsil oranı ortalaması yüzde yirmi yedidir (27.4).²⁴⁴ Kotaların uygulanmasıyla birlikte oranın beklenildiği kadar yüksek olmamasının (örneğin, yüzde otuzu aşamasının) önemli nedenleri bulunmaktadır. Öncelikle kota uygulayan yüz otuz ülkenin önemli bir bölümünde hukuki düzenleme ile getirilen kotalar değil siyasi partilerin uyguladıkları kotalar söz konusudur. Bir ülkede sadece bir veya birkaç partinin kota uygulaması dahi ülkeyi siyasi parti kotası bulunan ülke kategorisine sokmaktadır.²⁴⁵ Örneğin, Türkiye’de birkaç parti cinsiyet kotası uyguladığı için, Türkiye de kota uygulayan ülkeler içindedir. Bunun dışındaki en önemli neden, düşük bir kota oranı öngören ülkelerin de kota uygulayan ülkeler kategorisinde bulunmasıdır. Örnek olsun, Solomon Adaları kota uygulayan ülkeler içinde bulunmakla birlikte, öngörülen yasal aday kotası sadece yüzde ondur; bu da kadın temsil oranını ancak yüzde sekize çıkarabilmiştir. Ayrıca, kota konulması, otomatik olarak temsil oranlarını öngörülen kota düzeyinde arttırmaktadır. Anayasa ve/veya yasalarla kotalar öngörülse dahi aşağıda belirtilen ve kotaları etkili kılan düzenlemeler yapılmadıkça, temsil oranlarının hızla yükselmesi mümkün olmamaktadır.

²⁴³ Women in Parliament: 25 Years, s. 13.

²⁴⁴ <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/country-overview>, 01.01.2022.

²⁴⁵ Bununla birlikte, dünyada en yüksek kadın temsiline sahip yirmi iki ülke arasından dokuz tanesinde siyasi parti kotası uygulanmaktadır. Burada dikkat çeken husus, siyasi partilerin iradeleriyle kota uygulanan bu ülkelerde siyasi partilerin yüzde elli gibi yüksek kota oranları öngörmüş olmalarıdır. Söz konusu partilerin liste sıralamasına ilişkin kurallar getirdikleri de görülmektedir. Ör. İsveç ve Namibya’daki partiler. <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/voluntary-overview>, 01.02.2022. Siyasi parti kotası uygulayan ülkeler ağırlıklı olarak Avrupa ülkeleridir ve bu ülkeler toplumsal cinsiyet eşitliği konusunda önde olan ülkelerdir.

2. Kotaların Etkili Olmasının Yolları

Cinsiyet kotaları, dengeli veya eşit temsilin sağlanması için gereklidir. Ancak cinsiyet kotaları²⁴⁶, başlı başına öngörülen oranda kadın temsili sağlanamaz. Cinsiyet kotaları kadın temsil oranını kural olarak arttırmakla birlikte, oranın etkili bir şekilde artması için başka unsurların da bir arada düşünülmesi ve planlanması gerekmektedir.²⁴⁷

Kotaların etkili olması için, öncelikle yüksek bir kota oranı öngörülmelidir. Bunun yanı sıra, uygulanan seçim sisteminin kadınların temsili arttırmaya uygun bir sistem olması gereklidir. Kadınların listelerde seçilebilecek yerlerde aday gösterilmesi, liste türü ve kota uygulamayan partilere yönelik yaptırım ile uygulayanlara yönelik teşvikler de kadınların temsil oranını etkileyen faktörlerdir.

Bu bağlamda, kotaların etkili olmasında başlıca aşağıdaki unsurlar önem taşımaktadır:

a) Yüksek Kota Oranı /Sandalye Sayısı

Kadınların temsil oranlarının artması için, cinsiyet kotalarının yüksek bir oran ya da sandalye sayısı öngörmeleri gerekmektedir. 1990'lardan itibaren öncelikli hedef kadınların yüzde otuz oranında temsil edilmesini sağlamak olmuş ve farklı ülkelerde farklı oranlarda cinsiyet kotaları kabul edilmiştir. Bunun yanı sıra, 21. yüzyılın başından itibaren bazı ülkelerde²⁴⁸ eşit temsil hedefi ile birlikte yüzde elli öngören kotaların benimsenmesi de söz konusu olmuştur. (Ör. Fransa, Bolivya, Kosta Rika, Ekvator, Kenya, Nikaragua)

1995 tarihli BM Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı'nda kadınların temsil edilme oranlarının en az yüzde otuz olması hedefi öngörülmüştü.²⁴⁹ AK Bakanlar Komitesi'nin 2003 tarihli "Siyasete ve Kamuda Karar Verme Mekanizmalarına Kadınların ve Erkekleri Dengeli

²⁴⁶ Sadece rezerve edilmiş sandalyeler söz konusu olduğunda, öngörülen oran ya da sayı kadar kadın temsilci çıkarılır.

²⁴⁷ Örneğin, Haiti Anayasasında siyasi partiler için yüzde otuz oranında kota konulması öngörülmüş olmasına rağmen, kotaları etkili kılacak yasal düzenleme yapılmamıştır ve Haiti parlamentosunda kadın temsilci bulunmamaktadır. <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/country-view/125/35>, 31.01.2022.

²⁴⁸ Women in Parliament: 20 Years, s. 1-13.

²⁴⁹ Par. 182.

Katılımı” konulu Tavsiyesi’nde söz konusu alanlarda kadınların çok düşük düzeyde temsil edildiğinden hareketle, devletlere önerilerde bulunulmuştur. Bakanlar Komitesi, dengeli katılımı kolaylaştırmak üzere mümkün olan anayasal ve yasal değişikliklerin yapılmasını önermektedir ve dengeli dağılımdan kastedilenin bir cinsiyetin en az yüzde kırk temsil edilmesi anlamına geldiğini açıkça belirtmiştir.²⁵⁰ AK Parlamenterler Meclisi’nin 2010 tarihli Tavsiyesi²⁵¹ uyarınca da kadınların temsil edilme oranı en az yüzde kırk olarak öngörülmüştür. Venedik Komisyonu kota oranı olarak en az yüzde otuzun benimsenmesi gerektiğini ancak yüzde kırk veya ellinin tercih edilir olduğunu belirtmiştir.²⁵² CEDAW Komitesi de kotalar için asgari eşliğin yüzde otuz olması gerektiğini ancak tam eşitliği sağlamanın aşamalı olarak gerçekleştirilecek bir görev olduğunu tespit etmiştir.²⁵³ Bu bağlamda kadınların temsili konusundaki asgari eşliğin aşılması derhal yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük iken, temsil alanında tam eşitliğin sağlanması aşamalı olarak gerçekleştirilecek bir görevdir.²⁵⁴

2022 yılı itibariyle, en yüksek kadın temsil oranına sahip yirmi iki ülke arasında hukuki düzenleme ile getirilen aday kotası uygulayan ya da siyasi partilerin iradeleriyle kota uygulayan tüm ülkelere bakıldığında yüksek kota oranları öngörüldüğünü tespit ettik. Bu ülkelerin çoğunda yasalarla yüzde elli (eşit temsil) ya da yüzde kırk oranında kota kabul edilmiştir. Aynı oranlar siyasi partilerin koydukları kotalar için de geçerlidir. Hukuki düzenleme ile getirilen aday kotası uygulayan ülkeler arasında, Bolivya, Kosta Rika, Nikaragua, Senegal ve Arjantin’de eşit temsil, Meksika ve İspanya’da yüzde kırk oranında kota öngörülmüştür. Siyasi partilerin kota uyguladıkları İsveç, Norveç, Andora, İzlanda, Güney Afrika, Mozambik, Yeni Zelanda ve Namibya’da ise partiler yüzde kırk veya elli gibi yüksek kota oranları uygulamaktadır.²⁵⁵ Birleşik Arap Emirlikleri’nde ise sandalyelerin yüzde ellisi kadınlara rezerve edilmiştir.

²⁵⁰ Rec (2003)3.

²⁵¹ 27.06.202, Rec 1899(2010).

²⁵² Venice Commission Opinions and Reports, p. 121, s. 27

²⁵³ Wittkopp, s. 215, 216; örneğin bkz. CO The Netherlands CEDAW/CNLD/CO/4 (2007) p. 17; CO Honduras CEDAW/HON/CO/6(2007) p. 19; CO Belize CEDAW/C /BLZ/CO/3(2007) p. 17.

²⁵⁴ Wittkopp, s. 216.

²⁵⁵ Genel olarak istatistiksel bilgi için bkz. <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas>, 10.08.2021.

Türkiye açısından da yapılacak yasal düzenleme ile, uluslararası belgelere paralel olarak, siyasi partiler için uyulması zorunlu olan -en az yüzde otuz olmak üzere- yüksek bir kota oranı öngörülmelidir.

b) Uygun Seçim Sistemi

Kotaların etkili sonuç vermesi ile seçim sistemleri arasında doğrudan bağlantı bulunmaktadır. Kadın temsil oranlarının artması için nispi temsil sistemi çoğunluk sisteminden daha elverişlidir.²⁵⁶ Bunun temel sebebi, nispi temsil sisteminin listeli seçimi zorunlu kılmasıdır. Nispi temsil sistemi içinde de bölge genişledikçe, kadınların aday gösterilme olasılıkları artmaktadır. Dolayısıyla seçim çevresi ne kadar büyürse kadınlar daha çok aday gösterilecektir. Eğer parti de büyük bir parti ise daha fazla kadın aday gösterilen liste içinde, kadın adaylar seçilebilecektir. Ancak seçim bölgesi ne kadar büyük olursa olsun eğer siyasi parti küçük ise, ancak kadınların listenin başına/başlarına konması onların seçilmesini sağlayacaktır.²⁵⁷

Çoğunluk sistemi ise tek isimli ya da listeli olarak karşımıza çıkabilir. Tek isimli çoğunluk sisteminin uygulanması durumunda her seçim çevresinden bir tane aday gösterileceği için, bu sistemde kadınların aday gösterilmesi konusunda isteksizlik olacaktır. Bu sistem içindeki kota uygulamasında, ülke genelindeki seçim çevrelerinin belli bir oranında kadın aday gösterilmesi zorunluluğu ortaya çıkacaktır. İngiltere’de tek isimli tek turlu çoğunluk sistemi uygulanmakta ve İngiliz İşçi Partisi kendi isteğiyle, belirli bölgelerde kadın aday göstererek kadınların seçilmesini sağlamaktadır.²⁵⁸ Fransa’da Millet Meclisi seçiminde tek isimli iki turlu çoğunluk sistemi uygulanmakta ve kanun, siyasi partilerin seçim çevrelerinde kadın ve erkek eşit aday göstermeleri şartını aramaktadır (yüzde iki sapma olabilecektir).²⁵⁹

²⁵⁶ Bu olgu Venedik Komisyonu görüş ve raporlarında da vurgulanmaktadır. s. 30 vd. Venedik Komisyonunun kadınların daha fazla seçilebileceği seçim sistemi önerileri için bkz. Venice Commission Opinions and Reports, s. 33 vd; Wittkopp, s. 203.

²⁵⁷ Larserud/Taphorn, s. 11; Siyasi partinin büyük olması bir seçim çevresinden fazla milletvekili çıkararak parti anlamını taşımaktadır.

²⁵⁸ Dahlerup/Hilal/Kalandadze/ Kandawasvika Nhundu, s. 29.

²⁵⁹ Bu şarta uyulmaması durumunda devlet yardımının belirli oranda kesilmesi cezası öngörülmüştür. Dahlerup/Freidenvall, Gender Quotas, s. 44; Yasal düzenlemenin ardından ilk genel seçimlerde (2002) Fransa’da Millet Meclisi seçimlerinde

AK Parlamenterler Meclisi'nin 2010 tarihli Tavsiyesi ile ²⁶⁰ Parlamenterler Meclisi, siyaset alanında kadınların temsil oranlarının artırılması için, Bakanlar Komitesinden üye devletlerin belirli önlemleri almak konusunda teşvik edilmesini istemiştir ki bu önlemlerden birisi de seçim sistemi reformudur.²⁶¹

Nispi temsil sistemi uygulayan ülkelerin yaklaşık beşte dördünde cinsiyet kotaları uygulanmakta iken, çoğunluk sistemini uygulayan ülkelerin yaklaşık üçte birinde kotalar uygulanmaktadır.²⁶²

Türkiye'de uygulanan nispi temsil sistemi, kota uygulaması için çoğunluk sisteminden daha uygundur. Ancak seçim çevreleri ne kadar büyük olursa, kadınların seçilme şanslarının daha fazla olacağı unutulmamalıdır. Belirtmek gerekir ki daraltılmış bölgeler her daim kadınların aleyhine işlemektedir.

c) Aday Gösterme Süreci/Kadınların Listelerdeki Yeri

Kadınların temsil oranlarının arttırılması, seçmenlerin oylarından ziyade, kadınların siyasi partiler tarafından aday gösterilmesi ile ilgilidir.²⁶³

Tüm seçim sistemleri içinde kadınların aday gösterilirken listelerde hangi sırada ve nerede yer aldığı önem taşımaktadır. Bu bağlamda liste içinde dikey olarak kadınların hangi sırada/sıralamada yer aldığı önem taşıdığı gibi yatay düzeyde seçim çevreleri içinden hangilerinde aday gösterildikleri de belirleyici olmaktadır.²⁶⁴

kadın parlamenter oranı sadece 10.9'dan 12.2'ye çıkmıştır. Bunun sebebi kadın adayların, ilgili siyasi partinin seçilemeyeceği bölgelerden aday gösterilmesi ya da siyasi partilerin eşit sayıda erkek ve kadın aday göstermektense devlet yardımından yoksun kalmayı tercih etmeleridir.

Fransa'da yasal düzenlemenin ardından nispi temsil sisteminin uygulandığı yerel seçimlerde ise, kadın temsil oranı yüzde 25,7'den yüzde 47,5'e çıkmıştır. Bu seçimlerde kota kuralına uyulmamasının yaptırımını listelerin reddidir.

²⁶⁰ "Siyasette Kadın Temsilinin Seçim Sistemleri Yoluyla arttırılması" konulu Tavsiye. 27.06.202, Rec 1899(2010).

²⁶¹ Nispi temsil sistemi öngören ülkelerde ideal olarak en az yüzde kırk oranında zorunlu kotaların ve listelerde fermuar sistemi gibi bir sıralama sisteminin, etkili yaptırımların ve geniş bölgelerde bloke listenin kabul edilmesi önerilmektedir.

²⁶² Dahlerup/Freidenvall, Gender Quotas, s. 40.

²⁶³ Dahlerup D., Quotas, s. 17.

²⁶⁴ Dahlerup/Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 29.

Nispi temsil sistemi içinde listeler oluşturulurken kadınların listelerde seçilebilir yerlerde yer alması sağlanmalı, alt sıralarda kalması engellenmelidir. Bu konuda farklı ülkelerde farklı yöntemler uygulanmaktadır. Uygulanan yöntemlerin en etkilisi listede bir kadın bir erkek şeklinde sıralamanın yapıldığı fermuar sistemidir.

Fermuar sistemini yasal düzenleme yoluyla benimseyen ülkeler; (İki meclisli sistem içinde bir Meclis için ya da yerel seçimler için söz konusu olabilir) Bolivya, Kosta Rica, Ekvator, Fransa, Kenya, Kore Cumhuriyeti, Lesotho, Libya, Nikaragua, Senegal, Tunus ve Zimbabve'dir. İsveç'te ise siyasal partilerin kendi inisiyatifleriyle fermuar sistemine yer verdikleri görülmektedir.²⁶⁵

Bu bağlamda bazı ülkeler ise, kadınların alt sıralara atılmasını engellemek için "sırayla üç adaydan birisi kadın olur" gibi sıralama kuralları koymaktadır (Örneğin; Arjantin, Endonezya, Sırbistan, Timor-Leste, Arnavutluk). Kadınların dengeli temsil edilmesini sağlamak için bir diğer yol, listenin başındaki ilk iki adayın aynı cinsiyetten olmaması şeklinde karşımıza çıkmaktadır²⁶⁶ (Örneğin, Belçika). Meksika'da ise beş aday içinden ikişer adayın farklı cinsiyetlerden olması öngörülmektedir.²⁶⁷ Tüm bu yollarla, hem aday listelerinde belli bir oranda kadın olması öngörülmekte hem de kadınların alt sıralara konması engellenmektedir.

Fermuar sisteminin benimsendiği en katı kota sisteminde dahi, listenin başına erkekler konduğunda küçük partiler hiç kadın milletvekili çıkaramayabilir; ayrıca tüm partiler listelerin başına erkekleri koyduğunda erkek milletvekili oranı her durumda kadınlardan fazla olacaktır.²⁶⁸ Örneğin Tunus'ta hem nispi temsil sistemi içinde listelere ilişkin yüzde elli kota, hem de fermuar sistemi kabul edilmesine rağmen, 2011 seçimlerinde kadınlar yüzde 26 oranında temsilci çıkarabilmiştir. Bunun sebebi ise listelerin başına yüzde 93 oranında erkeklerin konması ve seçim çevrelerinin yeterince geniş olmamasıdır.²⁶⁹ Nite-

²⁶⁵ <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/country-view/220/35>, 20.07.2021.

²⁶⁶ Dahlerup/Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 30.

²⁶⁷ <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/country-view/220/35>, 20.07.2021.

²⁶⁸ Dahlerup/Freidenvall, Gender Quotas, s. 37.

²⁶⁹ Dahlerup/Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 22.

kim, daraltılmış bölgelerde pek çok partinin, sadece listenin başındaki aday seçilmiştir ki, bu kişiler erkektir.

Tek isimli çoğunluk sistemi içinde kadın aday sayısı kadar, kadınların hangi seçim çevrelerinden aday gösterildiği de önemlidir. Bir siyasi parti yüzde elli oranında kadın aday gösterse dahi, onları seçilmeyecek bölgelerden aday göstererek, ağırlıklı olarak erkek adayların kazanmasını sağlayabilir.

2022 yılı itibarıyla, en yüksek kadın temsil oranına sahip yirmi iki arasında, hukuki düzenleme ile getirilen aday kotası uygulayan ülkeleri birlikte değerlendirdiğimizde, bu ülkelerde listelerdeki sıralamaya ilişkin kural bulunduğu ve çoğunlukla fermuar sisteminin benimsendiği görülmektedir.²⁷⁰

Kadınlara sandalye rezerve edilmesi söz konusu olduğunda rezerve edilen sandalyelerin doldurulması için siyasi partilerin kadın aday göstermiş olmaları gereklidir. Bu sistem içinde en iyi sonuç veren usulün ise yeterli kadın aday gösterilen geniş bölgelerde -tartışmaları beraberinde getirirse de- “kaybedenler içinde en iyisi sistemi” (the best loser system) olduğu belirtilmektedir.²⁷¹

AK Parlamenterler Meclisi’nin 2010 tarihli Tavsiyesi²⁷² ve Venedik Komisyonu’nun görüşlerinde de kota sistemleri içinde listelerde kadın adayların sırasının önemine vurgu yapılmaktadır.²⁷³

Türkiye için yapılacak bir yasal düzenlemede yüksek bir kota oranının yanı sıra kadınların listen Constitution Assesment For Women’s Equality, IDEA, Stockholm-2016, s. 22. in sonlarına atılmasını engelleyen kural getirilmelidir. Bu noktada, belirlenecek kota oranına paralel olarak, “fermuar sistemi” ya da “üç adaydan birisi kadın olur” şeklinde sıralama yapılması önerilebilir.

²⁷⁰ Sözü edilen yasal aday kotası uygulayan ve listelerde sıralamaya ilişkin kural getiren ülkeler: Meksika, Nikaragua, Bolivya, Kosta Rika, İspanya, Senegal, Arjantin ve Belçika’dır. Bu ülkeler arasında fermuar sistemini kabul eden ülkeler: Nikaragua, Bolivya, Kosta Rika, Senegal <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/country-view/220/35>, 20. 01. 2022. Constitution Assesment For Women’s Equality, IDEA, Stockholm-2016, s. 22.

²⁷¹ Kaybedenler içinde en iyisi sistemi ya da en üstün kaybeden sistemi şu anlama gelmektedir: Seçim sonrası kazananların belirlenmesinin ardından, eğer kadınlara ayrılan kota dolmamış ise, kota dolana kadar, listede yer alıp seçilememiş olan ve en fazla oy alan kadın aday/adaylar seçilmiş sayılır. Larsrud/Taphorn, s. 12 vd., 22. 27.06.202, Rec 1899 (2010).

²⁷³ Venice Commission Opinions and Reports, par. 28.

d) Liste Türü

Aday listelerinin bloke ya da tercihli liste olması ise, ülkedeki kadınlara yönelik bakış açısına göre kadınların temsil oranına etki etmektedir.²⁷⁴ Bloke liste söz konusu olduğunda, seçmenler siyasi parti listesi içinde, sıralamaya ilişkin bir değişiklik yapamamaktadır. Tercihli liste söz konusu olduğunda ise, listenin altındaki adayların, yeterli tercih olduğunda listenin üstüne taşınması mümkündür. Kadınların temsilci seçilme şanslarının erkeklere göre düşük olduğu ülkelerde, tercihli liste usulü kadınların seçilme şanslarını azaltabilecek bir etkidir. Ancak, özellikle kota bulunmayan ülkeler açısından tercihli listenin, kadınları alttan yukarı çıkarabileceği de bir gerçekliktir.²⁷⁵ Örneğin Polonya'da yasal cinsiyet kotalarının uygulanmasından önceki dönemde, tercihli listeler, listelerin altındaki kadınların üste taşınarak seçilmelerini sağlayabilmişti.²⁷⁶

e) Yaptırımlar ve Denetim

Toplumsal cinsiyet kotalarının etkili şekilde sonuç vermesi için bağlayıcı kurallar ile yaptırımlar getirilmesi gereklidir. Bu bağlamda hangi yaptırımların etkili olduğu ve kurala uyulmadığında öngörülen yaptırımı hangi kurumun uygulayacağı önem taşımaktadır.

Dünyada uygulanan başlıca yaptırımlara bakıldığında, aday listelerinin reddedilmesi ya da mali yaptırımlar söz konusu olmaktadır. Anayasa ve/veya yasayla aday kotası koyan ülkelerin içinde yüzde elli yedisi listelerin reddedilmesi yaptırımı, yüzde on üçü ise mali yaptırım öngörmektedir.²⁷⁷

Hemen belirtelim ki, kota kuralına uymayan partiler için aday listelerinin reddedilmesi, en etkili yaptırım türüdür. Örneğin, Kosta Rika, Slovenya, Polonya, Belçika, Makedonya, Polonya, İspanya, Senegal, Arjantin, Fransa,²⁷⁸ Bolivya, Meksika'da bu yaptırım uygulan-

²⁷⁴ Larserud/Taphorn, s. 10 vd; Dahlerup/Freidenvall, Gender Quotas, s. 36; Rodriguez Ruiz/Rubio Marin, s. 13.

²⁷⁵ Larserud/Taphorn, s. 11; Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Venice Commission Opinions and Reports, s. 35.

²⁷⁶ Dahlerup/Dahlerup/Hilal/ Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 23.

²⁷⁷ Dahlerup/Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 24.

²⁷⁸ Fransa'da Senato üyelerinin seçiminde, büyük yerleşim birimlerinin yerel Konsey seçimlerinde, Bölgesel Konsey ve Korsika Meclisi seçimleriyle Avrupa Parlamen-

maktadır. Bu ülkeler içinde, Meksika, Kosta Rika, Bolivya, İspanya, Senegal, Arjantin ve Belçika dünyada en yüksek kadın temsil oranına sahip yirmi iki ülke içindedir. Bu yaptırımın uygulandığı ülkelerde genellikle, kota kuralına uymayan siyasi partiye süre verilerek listedeki eksikliğin giderilmesi talep edilir.

Mali yaptırım ise, kota kuralına uymayan siyasi partilerin para cezası ödemesi ya da belli bir oranda devlet yardımından mahrum bırakılmasıdır. Örneğin, Belçika'da, kotaya ilişkin kurala uyulmaması oranında para cezası öngörülmektedir.²⁷⁹ İtalya, Hırvatistan, Portekiz, Fransa'da²⁸⁰ mali yaptırımlar uygulanmaktadır.²⁸¹

2022 yılı itibariyle, en yüksek kadın temsil oranına sahip yirmi iki ülke arasında, hukuki düzenleme ile getirilen aday kotası uygulayan ülkelerde kural olarak kota kurallarına uymayan siyasi partilere yaptırım uygulanmaktadır.²⁸²

Yaptırımları denetleyen ya da uygulamayı takip eden kurumların oluşturulması ve bu kurumlara gerekli yetkilerin verilmesi de kotaların etkinliği açısından önem taşımaktadır.²⁸³

Venedik Komisyonunun rapor ve görüşlerinde kotalara uyulmaması halinde yaptırımın önemine ve yaptırımlara uyulup uyulmadığını denetleyen ulusal kurumların oluşturulması gereğine yer verilmektedir.²⁸⁴ CEDAW Komitesi de kotaların emredici ve etkili nitelikte olmasını, kotalara uyulmaması durumunda yaptırım uygulanmasını önermektedir.²⁸⁵

Türkiye açısından kotalara ilişkin yapılacak yasal düzenlemeyle kurallara uymayan siyasi partilere yönelik olarak, seçimden önce lis-

tosu seçimlerinde yüzde elli kota sisteminin yanı sıra fermuar sistemi ile kurala uymayan siyasi partilerin listelerinin reddedilmesi yaptırımı öngörülmektedir. Dahlerup/Freidenvall, *Gender Quotas*, s. 43.

²⁷⁹ Dahlerup/Hilal/Kalandadze/Kandawasvika Nhundu, s. 33.

²⁸⁰ Fransa'da Millet Meclisi seçimlerinde yüzde elli kuralına uymayan siyasi partilere mali yaptırım getirilmektedir.

²⁸¹ Selanec/Senden, *Gender*, s. 19.

²⁸² Bolivya, İspanya, Belçika, Kosta Rika ve Arjantin'de listelerin reddi; Meksika ve Senegal'de maddi yaptırım uygulanmaktadır.

²⁸³ Larserud/Taphorn, s. 17; örneğin, Mısır, Guyana, Fas, Nepal, Ruanda, Güney Afrika, Zimbabve'de cinsiyet eşitliği komisyonları bulunmaktadır.

²⁸⁴ Venice Commission Opinions and Reports, s. 23.

²⁸⁵ Wittkopp, s. 215.

telerin reddedilmesi ya da devlet yardımından yoksun bırakma gibi yaptırımlar benimsenmelidir.

f) Teşvik

Siyasi partilerin kotalara teşvik edilmesi, belli oranda kadın aday gösteren partilerin devlet yardımının arttırılması ya da partilere finansal teşvikler sağlanması şeklinde söz konusu olabilir. Kolombiya, Hırvatistan, Meksika, Ruanda, Kosta Rika, Arjantin²⁸⁶ vb. ülkelerde partilerin teşvik edilmesine ilişkin düzenleme bulunmaktadır.

Türkiye’de kota öngören yasal düzenleme ile, kota kuralına uyan siyasi partilerin maddi olarak desteklenmesi, partilerin teşvik edilmesini sağlayacaktır.

g) Diğer Faktörler

Cinsiyet kotalarıyla birlikte kadın temsiline artmasına başka faktörler de etki etmektedir. Siyasi partilerin kadınları aday olmak için teşvik etmesi, bu konuda kadınlara eğitim ve destek verilmesi önem taşımaktadır. Siyasi partilerin daha fazla kadın aday göstermeleri ve seçmen tercihlerinin kadınların lehine olması için ise medyanın tutumunun ve yapılacak çeşitli kampanyaların etkisi bulunmaktadır.

Adayların parti merkezi tarafından mı yoksa yerel organlar ya da kurullar tarafından mı belirleneceği de kadın temsil oranını etkileyen faktörlerdir. Bu bağlamda, hangi sürecin kadınların lehine işleyeceği siyasi partinin yapısına göre değişkenlik gösterecektir.²⁸⁷

SONUÇ

Kadınların parlamentolarda temsil oranı 1990’lı yıllara dek çok yavaş yükselmiş, kotaların yaygınlık kazanmaya başladığı 1990’ların ortasından itibaren ise oran artışı ivme kazanmıştır. Kadın ve erkeklerin eşit temsiline on yıllar boyunca gerçekleşemeyeceğine yönelik gerçeklikten²⁸⁸ yola çıkıldığında, cinsiyet kotaları kadın temsil oranlarının artması için en etkili araç olarak görülmektedir.

²⁸⁶ <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas>, 22.07. 2021.

²⁸⁷ Larsrud/Taphorn, s. 17

²⁸⁸ <https://www.weforum.org/reports/global-gender-gap-report-2021/digest> 09.12.2021.

Dengeli ya da eşit temsilin sağlanması için cinsiyet kotaları bir gereklilik olmakla birlikte, kotalar siyaset ve hukuk alanındaki en tartışmalı alanlardan birisini oluşturmaktadır. Çalışmamızda kotaların tanımı, türleri, hukuki niteliği, uluslararası sözleşmeler ve anayasalardaki temelleri, kotalara ilişkin yasaların/siyasi parti düzenlemelerinin anayasal ilkelere uygunluğu ve kotaların etkili kılınmasını sağlayacak unsurlar ortaya konularak, kotaların yaygınlaşmasına ve etkili kılınmasına katkı sağlanması hedeflenmiştir.

Günümüzde kotalar İsveç'ten Kırgızistan'a, Mısır'dan Arjantin'e, Tanzanya'dan Peru'ya, Zimbabve'den San Marino'ya, Endonezya'dan Irak'a kadar birbirinden çok farklı özellikleri bulunan (gelişmiş/az gelişmiş, zengin/fakir, demokratik olan veya olmayan) yüz otuz ülkede uygulanmaktadır. Kota uygulayan ülkelerin seksen sekiz tanesinde hukuki düzenleme ile getirilen (Anayasa ve/veya yasa ile öngörülen) kotalar bulunmaktadır. Söz konusu ülkelerin çoğunluğunda kotalar aday listelerine ilişkindir; bir kısmında ise kadınlara ya da az temsil edilen cinsiyete parlamentoda sandalye ayrılması söz konusudur. Bunların dışında yer alıp kota uygulayan ülkelerde ise siyasi parti kotaları söz konusudur.²⁸⁹ Kotalarla kadınların ya da bir cinsiyetin belirli bir oranda temsil edilmesi öngörülmekte ve kadın temsili için asgari eşliğin yüzde otuz olması kabul edilmektedir. Günümüzde yüzde otuz hedefi bazı uluslararası belgelerde ve çeşitli ülkelerin düzenlemeleri ile siyasi partilerin uygulamalarında yükseltilmiştir; bu çerçevede eşit temsili amaçlayan yüzde elli oranında kotalar da tatbik edilmektedir.

Kotaların lehine ve aleyhine ileri sürülen pek çok görüş olmakla birlikte hem kotaların eleştirilmesi hem de temellendirilmesi başlıca eşitlik ve demokrasi prensipleri üzerinden yürütülmektedir.

Kotaların hukuki nitelendirilmesi konusunda genel yaklaşım, sert ve katı ayrıcalıklar olan kotaların bir pozitif ayrımcılık biçimi olduğudur. Pozitif ayrımcılık kavramı, adından da anlaşıldığı üzere dezavantajlı olan gruplar için fiili eşitliğin sağlanması amacıyla ayrıcalık getirilmesine işaret etmektedir. Çalışmamızda kotaların pozitif ayrımcılık olduğu kabul edilmekle birlikte, farklı hukuki metinlerde ve farklı ya-

²⁸⁹ Metin içinde belirtilmiş olmakla birlikte tekrar vurgulamak gerekirse altmış iki ülkede yasal aday kotaları ve yirmi altı ülkede rezerve edilmiş sandalyelere ilişkin düzenleme mevcuttur.

zarlar tarafından kotaların olumlu eylem, pozitif eylem ve geçici özel tedbir olarak da nitelendirildiğini ortaya koyduk. Söz konusu kavramların tercih edilmesinin hukuk sistemlerinin farklılığından kaynaklanan nedenleri bulunduğu gibi, kotaların meşru kılınması amacına yönelik gerekçeleri de bulunmaktadır. CEDAW metninde yer alan geçici özel tedbir kavramını yorumlayan CEDAW Komitesi, “pozitif eylem”, “olumlu eylem” kavramlarının muğlak olması ve “pozitif ayrımcılık” kavramının tartışmalı olması nedeniyle “geçici özel tedbir” kavramının kullanıldığını belirtmekte ve kotaların “geçici özel tedbir” olduğunu açıkça vurgulamaktadır. Kotalar, hukuki nitelik olarak farklı yazarlarca ve farklı hukuki metinlerde farklı kavramlarla nitelendirilse de, sözü edilen kavramların hepsi maddi eşitliği sağlamanın birer aracı olarak kadınlar lehine önlemler alınmasını öngörür.

Kotaların uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve belgelerinde dayanağı bulunmaktadır. CEDAW Komitesinin 25 no’lu Genel Tavsiyesi uyarınca, CEDAW’da düzenlenen geçici özel tedbirlerin, maddi/fiili eşitliğin sağlanması için, uygulanması zorunludur. Komitenin sonuç gözlemleri uyarınca, temsil alanında kadın erkek dengesizliği açıkça Sözleşme’nin ihlaline neden olmaktadır. AİHM’de kotalara ilişkin yasalara uymayan siyasi partilerin listelerinin düzeltme imkânı dahi tanınmadan reddedilmesini Sözleşme’ye aykırı bulmamıştır. AİHM, “siyasi karar alma sürecine kadınların ve erkeklerin katılımının daha dengeli olmasının sağlanarak, demokratik meşruluğun güçlendirilmesini”, kotalara ilişkin yaptırım getiren düzenlemenin yani yapılan müdahalenin, meşru amacı olarak kabul etmiştir. Avrupa Konseyi düzeyinde kabul edilen bazı belgelerde de dengeli temsilin gerçekleşmesi için kotalara yer verilmesi anlayışı kabul edilmiştir.

Çalışmamızda kotalara açıkça yer veren Anayasaların yanı sıra kadın erkek eşitliğine ilişkin önlem alma yükümlülüğü getiren Anayasalara da yer verdik ve söz konusu Anayasaları tasnif ettik. Kotalara açıkça yer veren Anayasaların bulunduğu ülkeler açısından çıkarılan yasaların Anayasaya uygunluğu tartışma konusu olmamaktadır. Söz konusu Anayasaların dışında bazı ülkelerde kadın erkek eşitliğinin sağlanması için devletlere önlem alma yükümlülükleri getirilmiştir ve bunların önemli bir bölümü -1982 Anayasası gibi- pozitif ayrımcılık tedbirlerini içerecek şekilde kaleme alınmıştır. Bazı Anayasalar ise daha spesifik olarak kadınların politik alanda teşvik edileceğini ya da kadınların temsil oranlarının arttırılması yükümlülüğünü düzenlen-

mehtedir. Kanaatimizce bu düzenlemeler de maddi eşitliği amaçlamaları itibariyle pozitif ayrımcılık önlemlerine ve kota düzenlemelerine temel oluşturmaktadır.

Bu konu ile bağlantılı olarak çalışmada, Anayasasında kotalara ya da maddi eşitliği sağlayacak önlem alma yükümlülüğüne ilişkin düzenleme bulunmayan ülkeler açısından, kotalara ilişkin yasaların/ siyasi parti düzenlemelerinin eşitlik ve demokrasi gibi anayasal ilkelere uygunluğu tartışılmıştır. Eşitlik ilkesinin farklı yorumlanış biçimleri bulunmaktadır; Eşitlik ilkesi maddi eşitlik anlayışı doğrultusunda yorumlandığında, kadınların dezavantajlarını göz önüne alan ve fiili eşitliği amaçlayan önlemler -ayrıcalık sağlasa bile-, meşru kabul edilir. Bu bağlamda, eşitlik ilkesi Anayasada nasıl formüle edilirse edilsin (“eşit haklar” ayrımcılık yasağı” ya da “kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olması” şeklinde), kotalar geçmişten kaynaklanan adaletsizlikleri gidermenin bir yolu olarak değerlendirilir. Söz konusu önlemler eşitlik ilkesini ihlal etmemekte, aksine gerçek eşitliği sağlamayı amaçlamaktadır. Demokrasi ise günümüzde -uluslararası alandaki gelişmeler ışığında- kadın ve erkeğin dengeli bir şekilde temsil edilmesini içerecek şekilde tanımlanmaktadır. Bu anlamda kotalar, demokrasi ilkesine aykırı olmak bir yana demokrasiyi tam manasıyla gerçekleştirmenin aracıdır.

Dünyada cinsiyet kotası uygulayan yüz otuz ülkenin kadın temsil oranına bakıldığında, yüzde yirmi yedi (27.4) oranı ilk bakışta hayal kırıklığı yaratabilir. Ancak kota uygulayan ülkeler ve söz konusu oran bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kadın temsil oranının artmasına yönelik çözüm yolları da karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki, kota uygulayan ülkelerin toplamına, sadece bir veya birkaç partinin siyasi parti kotası uyguladığı ülkeler ile çok düşük kota oranı kabul edenler de girmektedir. Bu olguların yanı sıra, kota düzenlemeleriyle sadece oran ya da sandalye sayısının öngörülmesi, başka unsurlarla desteklenmediği sürece, kadın temsil oranlarını önemli ölçüde arttırmamaktadır.

Bu bağlamda kotaların etkili olmasını sağlayacak ilk önemli unsur kotaların yüksek bir temsil oranı/sandalye sayısı öngörme zorunluluğudur. 1990’larda yüzde otuz oranında kota konulması makul görülürken, günümüzde yüzde kırk veya eşit temsil(parite) öngören kotalar yaygınlaşmaktadır. Kadınların dikey düzeyde listede hangi sırada ve yatay düzeyde hangi seçim çevrelerinde aday gösterildikleri de seçilip seçilmemelerini doğrudan etkilemektedir. Kotaların etkili olma-

sının seçim sistemleri ile doğrudan ilişkisi bulunmaktadır; bu bağlamda nispi temsil sistemi çoğunluk sistemine nazaran daha avantajlıdır. Ayrıca, kotalara ilişkin düzenlemelerin etkili denetim/yaptırım mekanizmaları ve teşvik edici faktörler içermesi temsil oranının artmasında etkili olacaktır. Son tahlilde, kadın kotalarının etkili olması için sözü edilen tüm faktörlerin, -ülkelerin kendine özgü özellikleri gözetilerek- bütüncül şekilde ele alınması gereklidir. Dünya genelinde kadın temsilinin en yüksek olduğu ve kota uygulayan ülkelere bakıldığında, genellikle kotaların Anayasal ve/veya yasal düzeyde öngörüldüğü, yüksek sandalye sayısına/ (siyasi parti kotası uygulansa dahi) yüksek kota oranına yer verildiği, nispi temsil sistemi uygulandığı, geniş seçim çevrelerinin bulunduğu, aday listelerinde sıralamaya ilişkin kuralların olduğu ve yaptırım/teşvik kabul edildiği dikkat çekmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesi uyarınca, devlet kadın erkek eşitliğinin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Anayasamızda, bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı da düzenlenmiştir. Bu bağlamda, parlamento seçimlerinde kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik cinsiyet kotası öngören yasal düzenleme yapılmalıdır. Keza, CEDAW Komitesi de Türkiye'ye ilişkin Sonuç Gözlemlerinde, kadınların siyasi yaşam ve kamu yaşamında temsilini arttırmak için kotalar gibi geçici özel tedbirlerin mevcut olmayışı konusundaki endişesini belirtmiş ve kotaların uygulanması için yasal ve bağlayıcı hükümlerin olmamasına dikkat çekmiştir.²⁹⁰ Kanaatimizce dünyadaki gelişmelere paralel olarak kotalara ilişkin açık Anayasal düzenleme de yapılmalıdır. Anayasa ve/veya yasa ile yapılacak kotalara ilişkin düzenlemede kadın temsil oranını arttırmaya yönelik yüksek bir orana, kadınların liste sıralamasında yer almasına ilişkin kurala ve siyasi partilere yönelik yaptırım / teşviklere yer verilmelidir.

Belirtmemiz gerekir ki bir toplumda toplumsal cinsiyet eşitliği sağlanmadığı sürece, kotaların kalkması ile temsil oranları tekrar düşecektir. Bu bağlamda, kotalar, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına da hizmet eden geçici tedbirlerdir. Kadınların parlamentoda en az yüzde otuz olmak üzere belli bir eşğin üzerinde temsil edilmeleri, onların karar alma mekanizmasında değişiklik yaratmalarını sağlayacaktır.

²⁹⁰ CEDAW Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Türkiye, 16.08.2010, CEDAW/TUR/CO/6, par. 28.

Kaynakça

Kitaplar

- Akandji Kombe Jean François, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbooks, No. 7, Belgium- 2007.
- Akartürk Ekrem Ali, Oy Hakkının Anayasal İlkeleri, İstanbul-2017.
- Aybay Rona, Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, TBB Yay: 113, Ankara- 2006.
- Ballington Julie (Ed.), The Implementation of Quotas: African Experiences, Quota Report Series, IDEA, Sweden-2004.
- Dahlerup Drude-Hilal Zeina-Kalandadze Nana -Kandawasvika Nhundu Rumbidzai, Atlas of Electoral Gender Quotas, International IDEA, Stockholm-2013.
- De Vos Marc, Beyond Formal Equality, Positive Action Under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, European Commission, Belgium- 2007.
- Dündar Sezer Tijen, İnsan Hakları Hukuku Açısından Kadınlara Yönelik Şiddet, Ankara- 2019.
- Freidenvall Lenita-Dahlerup Drude, Electoral Gender Quota Systems and Their Implementation in Europe, European Parliament, Directorate General For Internal Policies, Brussels-2013, (Quota Systems).
- Göze Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul- 2011.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.I, Bursa-2020.
- Kale Özçelik Fatmagül, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Demokrasi Teorisi Bağlamında Serbest Seçim Hakkı ve Türkiye, Ankara-2019.
- Karaman Ebru, Eşitlik İlkesi Çerçevesinde Siyasi Partilerde Kadın Kotası, İstanbul-2016.
- Larserud Stina-Taphorn Rita, Designing for Equality, Best Fit, Medium Fit and Non Favourable Combinations of Electoral Systems and Gender Quotas, Sweden-2007.
- Murray Rainbow, Parties, Gender Quotas and Candidate Selection in France, Great Britain- 2010.
- Oder Bertil Emrah, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, (Yorum Yöntemleri) Hukusal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Çalışma, İstanbul-2010.
- Sağlam Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, (Temel Haklar), Ankara-1982.
- Selanec Goran-Senden Linda, Gender Quotas and Other Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission-2011, (Gender).
- Selanec Goran-Senden Linda, Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice Between Men and Women, including Company Boards, European Commission, 2012, (Positive).
- Tanör Bülent-Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul-2009.
- Uygun Oktay, Devlet Teorisi, İstanbul-2014.
- Yücel Bülent, Temsili Demokratik Sistemde Yasama Erki ve Kural Koyma Faaliyetinin Beyirleyicileri, Ankara- 2018.

Makaleler/Kitap İçi Bölümler

- Akbulut Olgun, "AİHS ve MSHS'nin Seçim Hükümlerinin Karşılaştırmalı İncelemesi", içinde: Karagöz H.-Kejanlıoğlu A.M. (Ed.), Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu, MEF Üniversitesi, 1-2 Mart 2018, İstanbul- 2019, ss. 89-99.
- Böhmer Maria, "Affirmative Action in Germany- Laws, Effects and Perspective": in Landau E.C., The Status of Women at the Dawn of the Twenty-First Century, France-2001, ss. 59-73.
- Dahlerup Drude, "Comparative Studies of Electoral Gender Quotas", paper presented at International IDEA Workshop, Lima, Peru, 23-24. 04. 2003, (Comparative).
<https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.493.5085&rep=rep1&type=pdf>
- Dahlerup Drude, "Quotas are Changing the History of Women" in: Ballington J. (Ed.), The Implementation of Quotas: African Experiences, Quota Report Series, IDEA, Sweden-2004, (Quotas), ss. 14-22.
- Dahlerup Drude-Freidenvall Lenita, "Gender Quotas in Politics-A Constitutional Challenge" in: Williams S.H. (Ed.), Constituting Equality- Gender Equality and Comparative Constitutional Law, Cambridge-2009, (Gender Quotas), ss. 29-52.
- Dahlerup Drude, "Electoral Gender Quotas: Between Equality of Opportunity and Equality of Result", *Journal of Representative Democracy*, Y. 2007, V. 43, N. 2, ss. 73- 92, (Electoral).
- Devlin Claire -Elgie Robert, "The Effect of Increased Women's Representation in Parliament: The Case of Ruanda", *Parliamentary Affairs*, V. 61, N. 2, Y. 2008, ss. 237-254.
- Dinçkol Bihterin, "Kadın Erkek Eşitliği için Pozitif Ayrımcılık", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 4, S.8, 2005/2, ss. 101-118.
- Dündar Sezer Tijen, "Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi", *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 2009, S. 3, ss. 120-192. (Kadın Erkek Eşitliği)
- Evrar Topuzkanamış Şafak, "1982 Anayasasında ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kadın", *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 2019, S. 69, ss. 47-79.
- Eckertz-Höfer Marion, "Direct and Indirect Discrimination in Germany" in Landau E.C., The Status of Women at the Dawn of the Twenty-First Century, France-2001, ss. 47-59.
- Gören Zafer, "Pozitif Önlemler", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Hukuk Sayısı, Güz 2010/2, Y. 9, S. 18, ss.1-26, (Pozitif).
- Gören Zafer, "Kota Düzenlemelerinin Anayasaya Uygunluğu", *Anayasa Yargısı*, Y. 1999, C.16, ss. 381- 413, (Kota).
- Gülsoy Tefvik, Milletın Temsili, Kamu Hukuku Arşivi, Y. 2006, C. 9, S. 2, ss. 71-86.
- Güneş Ayata, Ayşe- Gölğelioğlu Özlem, "Fırsat Eşitliği mi Sonuçta Eşitlik mi?" 2000'li Yıllarda Kadın Kotası Tartışmaları, içinde: Durudoğan H.-Gökşen F.- Oder B.E.-Yükseker D. (Ed.) Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, İstanbul-2010, ss. 137-159.
- Irving Helen, "More Than Rights", in: Williams S.H. (Ed.), Constituting Equality- Gender Equality and Comparative Constitutional Law, Cambridge-2009, ss. 75-92.

- İba Şeref, "Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Kavramları Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği", *Amme İdaresi Dergisi*, Y. 2006, C.39, S.1, ss. 1-15.
- İnceoğlu Sibel, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", içinde: İnceoğlu S. (Ed.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 3. B., İstanbul-2013 ss. 23-52
- Lenoir Noelle, "The Representation of Women in Politics: From Quotas to Parity in Elections", *International Comparative Law Review*, V. 50, I. 2, Y. 2001, ss. 217- 245.
- Levade Anne, "Positive Discrimination and the Principle of Equality in French Law", *Pouvoirs*, Y. 2004, V.111, N.4, Translated from the French by Cadenza Academic Translations), ss. 55-71.
- Livingstone Raday Frances, Equality For Women: in Landau E.C., The Status of Women at the Dawn of the Twenty-First Century, France-2001, ss. 13-21.
- Millard Eric, "Constituting Women, The French Ways" in: Baines B.- Rubio Marin R. (Ed.), The Gender of Constitutional Jurisrudence, Cambridge-2004, ss. 122-148.
- Möschel Mathias, "Gender Quotas in French and Italian Public Law: A Tale of Two Overlapping and Then Diverging Trajectories", *German Law Journal*, Y. 2018, V.19, N. 6, ss. 1489-1518.
- Narin Serdar, "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Çerçevesinde Kadına Karşı Ayrımcılık Yasağının Normatif Gelişimi", Zafer Gören Armağanı, Yetkin Yay.- 2017, ss. 545-577.
- Norris Pippa, "Breaking Barriers: Positive Discrimination Policies for Women", in: Klaussen J.- Maier C.S. (Ed.), Has Libaralism Failed, New York-2001, ss. 89-110.
- Oder Bertil Emrah, "Anayasa'da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası", içinde: Durudoğan H.-Gökşen F.-Oder B.E- Yüksek D. (ed.), Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar, Koç Ün. Yay., İstanbul-2010, ss. 207-239.
- Oostland Rolanda, "The Principle of Equality" in: Westendorp I. (Ed.), The Women's Convention Turned 30, Achievements, Setbacks and Prospects, Cambridge- 2012, ss. 122-141
- Özdemir Metin, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası'nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Y. 2014, C. 3, S. 5, ss. 413-443.
- Raday Frances., "Article 4", in: Freeman M.A-Chinkin C.-Rudolf B. (Ed.) The UN Convention On the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, A Commentary, New York-2012, ss. 123-139.
- Rodriguez Ruiz Blanca- Rubio Marin Ruth, "The Gender of Representation: On Democracy, Equality and Parity", *International Journal of Constitutional Law*, V. 6, N. 2, Y. 2008, ss. 287-316.
- Sabbagh Daniel, "Affirmative Action" in: Michel R.-Sajo A. (Ed.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford-2012, ss. 1122-1141.
- İba Şeref, "Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Kavramları Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği", *Amme İdaresi Dergisi*, Mart 2006, C. 39, S.1, ss.1- 15

- Aung Thin Thin-Williams Susan H., "Women in the Constitutional Drafting Process in Burma" in: Williams S.H. (Ed.), *Constituting Equality- Gender Equality and Comparative Constitutional Law, Cambridge-2009*, ss. 273-289.
- Usal Zeynep Oya, "Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Merceğinden Kadının siyasal Hayata Katılımı ve Bazı Kota Uygulamaları" içinde: Durudoğan H.-Gökşen F.-Oder B.E.-Yükseker D. (Ed.) *Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, İstanbul-2010*, ss. 159-177.
- Waddington Lisa-Visser Laura, "Temporary Special Measures Under the Women's Convention and Positive Action Measures Under EU Law: Mutually Compatible or Irreconcilable?" in:
- Waddington Lisa-Bell Mark, "Exploring The Boundries of Positive Action Under EU Law: A Search For Conceptual Clarity", *Common Market Law Review*, Y. 2011, N. 48, ss. 1503-1526, (Exploring).
- Westendorp I. (Ed.), *The Women's Convention Turned 30, Achievements, Setbacks and Prospects, Cambridge- 2012*, ss. 95-107 (Temporary).
- Williams Susan H., "Equality, Representation and Challenge to Hierarchy: Justifying Elicitorial Quotas for Women" in: Williams S.H. (Ed.), *Constituting Equality- Gender Equality and Comparative Constitutional Law, Cambridge-2009*, ss. 53-75.
- Wittkopp Sarah, "Article 7" in: Freeman M.-Chinkin C.-Rudolf B., *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Womer, Oxford- 2012*, ss. 197-231
- Vizkelety Beatrice, "The Canadian Perspective", in Landau E.C., *The Status of Women at the Dawn of The Twenty-First Century, France-2001*, ss. 155-171.

Diğer Kaynaklar

- Compilation of Venice Commission Opinions and reports Concerning Gender Equality, European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission Opinions and Reports), CDL-PI (2021)002, Strasbourg-2021.
- Constitution Assesment For Women's Equality, IDEA, Stockholm-2016.
- Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, Council of Europe-2021, (Guide on Article 14).
- International Perspectives on Positive Action Measures, A Comparative Analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa, European Commission, Luksembourg-2009, (International Perspectives).
- Women in Parliament: 20 Years in Review, Inter-Parliamentary Union, Genova- 2015, (Women in Parliament: 20 Years)
- Women in Parliament: 25 Years in Review, Inter-Parliamentary Union, Genova- 2020, (Women in Parliament: 25 Years).

İNSAN HAKLARI PERSPEKTİFİNDEN “DOĞUM ŞİDDETİ” “OBSTETRIC VIOLENCE” FROM A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

Nurten YAYLACI*

Özet: Her kadın, onurlu ve saygılı sağlık bakımı alma hakkı da dahil olmak üzere, ulaşılabilir en yüksek sağlık standardı hakkına sahiptir. Buna rağmen, son yıllarda dünya genelinde sağlık kurumlarında sunulan doğum ve üreme sağlığı hizmetleri sırasında kadınlara zarar veren eylem, ihmal ve saygısız muamelelerde bulunduğu dile getirilmektedir. Görece yeni bir terim olmasına karşın “doğum şiddeti” olgusal ve tarihsel olarak eski ve görmezden gelinen bir insan hakları sorunudur. Genel olarak sağlık profesyonelleri ile yardımcı personel tarafından hamilelik, doğum ve doğum sonrası bakım sürecinde kadınlara yönelik özel bir kötü muamele türü olarak kabul edilmektedir.

Farklı akademik disiplinlerce üzerinde son yıllarda durulmaya başlanan doğum şiddeti sorunu Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi başta olmak üzere uluslararası ve bölgesel insan hakları mekanizmalarının da gündemine gelmiş ve kararlılıkla mücadele edilmesi gereken bir insan hakları sorunu olarak ilân edilmiştir.

Bu makalede, temel bir insan hakkı olan sağlık hakkı çerçevesinde doğum şiddeti sorunu irdelenecek; ardından uluslararası ve bölgesel insan hakları mekanizmalarının konuya yaklaşımı ortaya konulup değerlendirilecek; son olarak doğum şiddetiyle mücadele edilmesi için insan hakları temelli bakış açısıyla neler yapılabileceği konusunda görüş ve önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Hakkı, Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığı Hakları, Doğum Şiddeti, Hesap Verebilirlik

Abstract: Every woman has the right to the highest attainable standard of health, including the right to health care in an honorable and respected way. However, it has been stated that women have been treated badly during the childbirth and reproductive healthcare services provided in healthcare institutions around the world in recent years. Although it is a relatively new term, “obstetric violence” is a human rights issue, which has been factually and historically old and ignored. It is generally accepted as a special type of mistreatment, by health professionals and other people working in healthcare services, against women during pregnancy, childbirth and postpartum care.

* Dr., nyaylaci111@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5606-6215 Makalenin Gönderim Tarihi: 20.08.2021, Makalenin Kabul Tarihi: 20.08.2021

The problem of obstetric violence, which has been started to be emphasized by different academic disciplines in recent years, has also come to the agenda of international and regional human rights bodies, especially the United Nations and the Council of Europe, and has been declared as a human rights problem that needs to be dealt with decisively.

In this article, the problem of obstetric violence will be examined within the framework of the right to health, which is a fundamental human right; then, the approach of international and regional human rights bodies to the issue will be put forward and discussed; finally, several suggestions will be made on what can be done from a human rights-based perspective to struggle against obstetric violence.

Keywords: Right to Health, Right to Sexual and Reproductive Health, Obstetric Violence, Accountability

GİRİŞ

Her kadın, hamilelik ve doğum süresince onurlu ve saygılı sağlık hizmeti alma hakkı da dahil olmak üzere, ulaşılabilir en yüksek sağlık standardı hakkına sahiptir. Bu nedenle, kadınlara yönelik doğum ve üreme sağlığı hizmetlerinin kaliteli ve insancıl ilkeler çerçevesinde yürütülmesi ve hak temelli bir bakış açısıyla ele alınması devletlerin insan haklarına saygı gösterme, insan haklarını koruma ve insan haklarının gereğini yerine getirme yükümlülüğünün bir gereğidir.

İnsan hakları perspektifinden bakıldığında temel ilke bu olmakla birlikte, ne yazık ki son yıllarda dünya genelinde kadına yönelik şiddetin bir görünümü olarak *inter alia*, sağlık kurumlarında sunulan gebelik ve doğum hizmetleri sırasında hamile kadınlara zarar veren eylem, ihmal ve saygısız muamelelerde bulunduğu dile getirilmekte ve özellikle sosyal medyada buna dair tanıklıklara yer verilmekte; son yıllarda görünürlük kazanan bu şiddet biçiminin olgusal ve tarihsel olarak eski ve doğası gereği oldukça yaygın ve sistematik olduğu gösterilmektedir.¹

¹ Dubravka Šimonović, United Nations Human Rights Council, Special Rapporteur on Violence against Women, UN Secretary General, A human rights-based approach to mistreatment and violence against women in reproductive health

Tarihsel olarak ilk defa 19. yüzyıla ait kayıtlarda yer almasına rağmen, doğum şiddeti Latin Amerika'da kadın hakları savunucularının 1980 ve 1990'larda kanıta dayalı olmayan şekilde doğumun aşırı tıbbileştirilmesine (medikalleşmesine)² karşı çıkmaları ve bu sürecin insancillaştırılmasını savunmaları ile görünür hâle gelmiştir. Daha sonra 2000 yılında Brezilya'da Latin Amerikalı aktivistlerin, araştırmacıların ve halk sağlığı uzmanlarının katılımıyla düzenlenen 1. Uluslararası Doğumun İnsancillaştırılması Konferansı konunun uluslararası arenada öne çıkmasını sağlamıştır.³

Dünya Sağlık Örgütü 2014-2015 yıllarında yayınladığı bildirilerde bu alandaki boşluğu ele alarak, dünya çapında çok sayıda kadının sağlık kurumlarında doğum ve üreme sağlığı hizmetleri sırasında saygısız, ihmâkar ve istismar edici muamelelere maruz kaldığını kabul etmiş ve sözkonusu küresel sorun üzerinde daha fazla eylem, diyalog, araştırma ve savunuculuk çağrısında bulunmuştur.⁴ Yine, 2015 yılında İnter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu Kadın Hakları Özel Rapor-törü ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu kadın hakları ve

services with a focus on childbirth and obstetric violence, 2019, para. 4. <https://digitallibrary.un.org/record/3823698?ln=en> (Erişim Tarihi: 13 Haziran 2021); Council of Europe Parliamentary Assembly, Resolution 2306, Obstetrical and Gynaecological Violence, 3 October 2019, para. 5; World Health Organization, WHO Statement: The prevention and elimination of disrespect and abuse during facility-based childbirth (Geneva: WHO, 2014); WHO, "Statement on the prevention and elimination of disrespect and abuse during facility-based childbirth", WHO/RHR/14.23, Geneva 2015; Gita Sen, Bhavya Reddy, Aditi Iyer, "Beyond measurement: the drivers of disrespect and abuse in obstetric care", *Reproductive Health Matters* 26(53), (ss. 6-18), 2018, s. 1.

² Yirminci yüzyılda geleneksel olarak kadınların kendi arasında gerçekleşen ev merkezli doğumların yerini, doğumun tıbbileştirilmesi (medikalleşmesi) ve böylelikle daha az riskli ve konforlu hâle geleceği beklentisiyle, sağlık tesisi temelli doğum almıştır. Bu durum, anne ve çocuk ölümlerini azaltmak gibi çok önemli sonuçlar doğurmakla birlikte, kadınların özerkliklerini ve dolayısıyla kendi bedenleri üzerindeki karar verme ve denetim yetkilerini zayıflatmıştır. Bkz. Selen Göbelez, "Doğum Şiddeti/Obstetrik Şiddet", *Feminist Bellek*, <https://feministbellek.org/dogum-siddeti/> (Erişim Tarihi: 17 Ağustos 2021).

³ Michelle Sadler, Mario JDS Santos, Dolores Ruiz-Berdún et al., "Moving beyond disrespect and abuse: addressing the structural dimensions of obstetric violence", *Reproductive Health Matters* Vol.24(47), 2016; Caitlin R. Williams and Benjamin Mason Meier, "Ending the abuse: the human rights implications of obstetric violence and the promise of rights based policy to realise respectful maternity care", *Sexual and Reproductive Health Matters*, Vol. 27(1), (ss. 9-11), 2019, s. 9.

⁴ WHO, "WHO Statement: The prevention ...", 2014; WHO, "Statement on the prevention ...", 2015.

insan hakları savunucuları tarafından ortak bildiri yayınlanarak, devletler bu sorunu öncelikle ele almaya davet edilmiştir.⁵

2019 yılına gelindiğinde, iki önemli uluslararası ve bölgesel insan hakları organı doğum şiddeti sorununa ilişkin kapsamlı değerlendirmelerini ortaya koymuştur. Bunlardan ilki, BM Kadına Yönelik Şiddet Özel Raportörü'nün 4 Ekim 2019 tarihinde 74. BM Genel Kurulu'na sunduğu tematik rapordur.⁶ İkincisi ise, Avrupa Konseyi Eşitlik ve Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin bu konuyu öncelikle gündemine alması ve hazırladığı bilgilendirici rapor neticesinde Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 3 Ekim 2019 tarihli ve 2306 sayılı Kararı ile üye devletleri bu konuyu ele almaya davet etmesidir.⁷ Görüldüğü gibi, insan hakları organlarının bu girişimleri meselenin olgusal değerinin altını çizmekte ve doğum şiddetini ele almak için küresel düzeyde uyumlu bir eylem ihtiyacını gözler önüne sermektedir.

Uluslararası ve bölgesel insan hakları organları nezdinde yaşanan bu gelişmelere koşturarak, bir yandan konuya ilişkin akademik literatür günden güne genişlerken,⁸ diğer yandan spesifik ülke örnekle-

⁵ Bkz. Rajat Khosla, Christina Zampas, Joshua P. Vogel, Meghan A. Bohren, Mindy Roseman and Joanna N. Erdman, "International Human Rights and the Mistreatment of Women During Childbirth," *Health and Human Rights Journal*, 18(2), (ss.131-143), December 2016, s. 132.

⁶ Bkz. Šimonović, "A human rights-based approach ...", 2019.

⁷ Bkz. Council of Europe Committee on Equality and Non-Discrimination, *Obstetrical and Gynaecological Violence*, Doc. 14965, 2019; Council of Europe Parliamentary Assembly, *Resolution 2306, Obstetrical and Gynaecological Violence*, 3 October 2019.

⁸ Erken dönem çalışmalara bakıldığında, Jaffre ve arkadaşları 1994 yılında Nijer'de doğum şiddeti olgusunu ele alan bir makale kaleme almış; Jewkes ve arkadaşları, 1998 yılında hemşirelerin Güney Afrika'daki doğum kliniklerinde kadınlara yönelik saygısız ve kötü muamelede bulunma nedenlerini araştırdığı nitel analiz çalışması yapmış; 2010 yılında Bowser ve Hill, doğum sırasında kadınlara saygısızlık ve istismara ilişkin ufuk açıcı bir makale yayınlamıştır. Bkz. Y. Jaffre and A. Prual, "Midwives in Niger: An uncomfortable position between social behaviors and health care constraints," *Social Science and Medicine*, 38(8),1994; R. Jewkes, A. Abrahams and Z. Mvo, "Why do nurses abuse patients? Reflections from South African obstetric services," *Social Science and Medicine* 47(11), (ss. 1781-1795), 1998; D. Bowser and K. Hill, "Exploring evidence for disrespect and abuse in facility-based childbirth: Report of a landscape analysis" Washington, DC: USAID-TRAction Project, 2010; Chiristina Zampas, Avni Amin, Lucinda O'Hanlon, Alisha Bjerregaard, Hedieh Mehrdash, Rajat Khosla and Özge Tunçalp, "Operationalizing a Human Rights-Based Approach to Address Mistreatment against Women during Childbirth", *Health and Human Rights Journal*, Vol. 22, No. 1, June 2020, (ss. 251- 264), s. 253.

rini inceleyen ve saha araştırmalarına yer veren akademik çalışmalar hızla artmaktadır.⁹

⁹ İşpanya'da yapılan bir saha araştırmasında %38,3 oranında kadının doğum şiddetine maruz kaldığını ve İşpanya'da önemli bir halk sağlığı ve insan hakları sorunu olduğunu ortaya koyan bir çalışma için bkz. Desirée Mena-Tudela, Susana Iglesias-Casás, Víctor Manuel González-Chordá et al., "Obstetric Violence in Spain (Part I): Women's Perception and Interterritorial Differences", *International Journal of Environmental Research and Public Health* 17, 7726, (ss. 1-14), 2020, s. 1-9; Meksika'da 15 ilâ 49 yaş grubundaki kadınlar arasında yapılan saha araştırmasında doğum şiddeti oranını %33,3 olarak ölçen bir çalışma için bkz. Roberto Castro, Sonia M. Frías, "Obstetric Violence in Mexico: Results From a 2016 National Household Survey", *Violence Against Women*, April 2019, s. 13; doğum şiddetine bir örnek olarak uluslararası alanda ses getiren davalardan biri olan JOO (also known as Josephine Majani) davası üzerinden Kenya'da doğum şiddeti ve kadınların sağlık hizmetlerine erişimi sorunlarını insan hakları perspektifinden irdeleyen bir çalışma için bkz. Beatrice Odallo, Evelyne Opondo and Martin Onyango, "Litigating to ensure access to quality maternal health care for women and girls in Kenya", *Reproductive Health Matters* 26(53), (ss.123-129), 2018; Kuzeydoęu Hindistan'da doğum şiddetini doğuran sınıf, kast, etnisite gibi yapısal nedenleri analiz eden bir çalışma için bkz. Sreeparna Chattopadhyay, Arima Mishra and Suraj Jacob "'Safe', yet violent? Women's experiences with obstetric violence during hospital births in rural Northeast India", *Culture, Health & Sexuality*, 2017; Güney Afrika'da doğum şiddetiyle mücadele için yapılması gerekenleri ortaya koyan bir çalışma için bkz. Camilla Pickles, "Eliminating abusive 'care' A criminal law response to obstetric violence in South Africa", *SA Crime Quarterly* No. 54, (ss. 5-16), December 2015; Latin Amerika ölkelerinde ve Karayipler bölgesinde doğum şiddeti konusuna odaklanan ve bu konudaki vakalara ve tanıklıklara yer veren çalışmalar için bkz. Arachu Castro, "Witnessing Obstetric Violence during Fieldwork: Notes from Latin America", *Health and Human Rights Journal*, 21(1), (ss. 103-113), June 2019, yine Virginia Savage and Arachu Castro, "Measuring mistreatment of women during childbirth: a review of terminology and methodological approaches", *Reproductive Health*, 14(138), (ss. 1-27), 2017 ve ayrıca Caitlin R. Williams, C. Jerez, K. Klein, M. Correa, JM. Belizan and G. Cormick, "Obstetric violence: a Latin American legal response to mistreatment during childbirth", *BJOG, An International Journal of Obstetrics and Gynaecology* 125, (ss.1208-1211), 2018; Amerika Birleşik Devletleri'nde doğum şiddeti meselesini detaylı olarak irdeleyen alışmalar için bkz. Elizabeth Kukura, "Obstetric Violence", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 106, (ss. 721-801), 2018, yine Farah Diaz-Tello, "Invisible wounds: obstetric violence in the United States", *Reproductive Health Matters*, 24(47), 2016, Maria T.R. Borges, "A Violent Birth: Reframing Coerced Procedures During Childbirth as Obstetric Violence", *Duke Law Journal*, Vol. 67:827, (ss.827-862), 2018; Etiyopya'da saygılı annelik bakımı ve doğum hizmetlerinin yetersizliğini ortaya koyan bir çalışma için bkz. Mengistu Welday Gebremichael, Alemayehu Worku, Araya Abrha Medhanyie et al., "Women suffer more from disrespectful and abusive care than from the labour pain itself: a qualitative study from Women's perspective", *BMC Pregnancy and Childbirth* 18(392), (ss. 1-6), 2018; bu konuda yasal düzenlemenin mevcut olduğu Arjantin'de doğum şiddeti meselesini kamu sağlığı, insan hakları ve etik perspektiften inceleyen bir çalışma için bkz. Carlos Herrera Vacafior, "Obstetric violence: a new framework for identifying challenges to maternal healthcare in Argentina", *Reproductive Health Matters*, 24(47), (ss. 65-73), 2016; yasal düzenlemenin mevcut olduğu bir diğer ölkede Brezilya'da vaka analizi üzerinden doğum şiddeti konusunu irdeleyen bir çalışma için bkz.

İnsan hakları perspektifinden bakıldığında, doğum şiddeti sağlık hakkının bileşenlerinden olan cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakları ile kadınların onurlu ve saygılı sağlık hizmeti alma hakkını ihlâl etmekle kalmayıp insan haklarının bütünlüğü, karşılıklı bağımlılığı ve bölünmezliği ilkesi çerçevesinde yaşama hakkı, maddî ve manevî bütünlüğünün korunması hakkı, işkence yasağı, mahremiyetin korunması, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, ayrımcılık yasağı başta olmak üzere bireyin pek çok hakkını açıkça tehdit etmektedir.¹⁰

Bu makalede, doğum şiddeti kavramı insan hakları perspektifinden kadınların sağlık hakkı bağlamında ele alınıp değerlendirilecek; ardından, uluslararası insan hakları denetim-izleme organlarının konuyu ele alış ve yorumlayış tarzı irdelenecek; son olarak doğum şiddetiyle mücadele edilmesi için insan hakları temelli bakış açısıyla neler yapılabileceği konusunda görüş ve önerilerde bulunulacaktır.

I. Terminolojik Tercih: “Doğum Şiddeti”

Terminolojik olarak doğum şiddeti, daha ziyade Güney Amerika’da yaygın olarak kullanılmaktadır. Doğum şiddetini bir insan hakları ihlâli olarak kabul eden ve bölgesel düzeydeki ilk meka-

Murillo Dias and Valeria Eunice Mori Machado, “Obstetric Violence in Brazil: An Integrated Multiple Case Study”, *Humanities and Social Sciences Review*, 08(02), (ss. 117-128), 2018; Avustralya, Kanada, İsveç, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri’nde göçmen ve göçmen olmayan kadınların annelik bakım hizmetlerinden yararlanma düzeylerini karşılaştırmalı olarak analiz eden bir çalışma için bkz. Rhonda Small, Carolyn Roth, Manjri Raval et al., “Immigrant and non-immigrant women’s experiences of maternity care: a systematic and comparative review of studies in five countries”, *BMC Pregnancy and Childbirth*, 14(152), 2014.

¹⁰ WHO, “Statement on the prevention ...”, 2015, s. 1; Šimonović, 2019, para 8; Khosla et al., 2016, s. 139; Meghan A. Bohren, Erin C. Hunter, Heater M. Munthe-Kaas, Joao Paulo Souza, Joshua P. Vogel and A. Metin Gülmezoğlu, “Facilitators and barriers to facility-based delivery in low- and middle-income countries: A qualitative evidence synthesis,” *BioMed Central Reproductive Health* 11(71), 2014; doğum şiddeti sorununu toplumsal cinsiyet şiddeti bağlamında inceleyen çalışmalar için bkz. Sara Cohen Shabot, “We birth with others: Towards a Beauvoirian understanding of obstetric violence”, *European Journal of Women’s Studies* 28(2), (ss. 213-228), 2021; Sara Cohen Shabot, “Making loud bodies “Feminine”: A feminist-phenomenological analysis of obstetric violence”, *Human Studies*, 39(2), (ss.231-247), 2016; Silvia Bellón Sánchez, “Obstetric Violence: Medicalization, authority abuse and sexism within Spanish obstetric assistance. A new name for old issues?”, Master Thesis, University of Granada, 2014; Allison B. Wolf, “Metaphysical violence and medicalized childbirth”, *International Journal of Applied Philosophy*, 27(1), (ss.101-111), 2013.

nizma olma özelliğine sahip olan Belém do Pará Konvansiyonu'nun Uzmanlar Komitesi, taraf devletlerin doğum şiddetini suç sayan yasal düzenlemeleri yapmasını tavsiye etmiş; bunun sonucunda, Latin Amerika ve Karayipler bölgesindeki birçok ülke, bu şiddet biçimini yasalarında suç olarak düzenlemiştir. Doğum şiddeti ilk defa 2007 yılında Venezuela'da, ardından 2009 yılında Arjantin'de, 2013 yılında Bolivya ve Panama'da, 2014 yılında Meksika'da bu ad altında normatifleşmiştir.¹¹

Bununla birlikte, sözkonusu terim henüz uluslararası insan hakları organları nezdinde tercih edilmemektedir.¹² Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ), terminolojik olarak doğum şiddetini değil, bunun yerine "sağlık tesislerinde doğum sırasında saygısızlık ve istismar" terimini benimsemektedir.¹³ İnsan hakları teorisinde, DSÖ terminolojisini ya da "doğum sırasında kadınlara kötü muamele" ("*mistreatment of women during childbirth*") terimini tercih eden yazarlar olsa da¹⁴ DSÖ terminolojisini yetersiz bularak doğum şiddeti ("*obstetric violence*") terimini tercih eden akademik yazın hayli genişlemektedir.¹⁵

Dünya Sağlık Örgütü'nün bir yandan konuyu kadınların onurlu ve saygılı sağlık bakımı alma hakkını ihlâl eden ciddi bir sorun olarak tanımlarken, diğer yandan doğum şiddeti teriminin kullanılmasına direnç göstermesinin kendi benimsediği şiddet kavramı karşısında çelişkili olduğunu savunanlar olduğu gibi¹⁶ doğum ve diğer üreme sağlığı

¹¹ Šimonović, 2019, para 12; Williams et al. 2018, s. 1209.

¹² Šimonović, 2019, para 12.

¹³ DSÖ'nün 2015 tarihli Bildirisi'nde "disrespect and abuse during childbirth in facilities" terimi tercih edilmektedir.

¹⁴ Terminolojik olarak "doğum sırasında kadınlara kötü muamele"yi ("*mistreatment of women during childbirth*") kullanan bir çalışma için bkz. Zampas et al., 2020, s. 252.

¹⁵ Alicia Aly Yamin, "Struggles For Human Rights in Health in An Age Of Neoliberalism: From Civil Disobediences To Epistemic Disobediences", *Journal of Human Rights Practice*, 11, (ss. 357-372), 2019, s. 362; ayrıca bkz. 9 nolu dipnotta atıf yapılan makaleler.

¹⁶ Çünkü, DSÖ, şiddeti kasıtlı olarak fiziksel zorlama veya herhangi bir şekilde güç kullanımı içeren, kendine, başkasına veya bir gruba karşı gerçek veya tehdit edici, herhangi bir psikolojik hasar, sakatlık, yaralanma veya ölümlle sonuçlanan veya sonuçlanabilecek herhangi bir eylem olarak tanımlar. Kasıtlı olmanın ise, hiyerarşik anlamda gücü kullanma niyetine atıfta bulunduğu ve mutlaka zararın kendisine neden olunması gerekmediğine vurgu yapar. Bkz. Leila Katz, Melania Maria Amorim, Juliana Camargo Giardona, et al., "Who is Afraid of Obstetric Violence?", *Rev. Bras. Saúde Mater. Infant., Recife*, 20 (2): 623-626 abr-jun., 2020, s. 624.

hizmetleriyle ilgili birçok kötü muamele biçimlerinin kategorik olarak kasıtlı eylemler olmadığını, bununla birlikte bazı münferit vakalardaki kötü muamele biçimlerinin kadına yönelik şiddete yol açabileceğini savunanlar da bulunmaktadır.¹⁷

Kanımızca, hamilelik, doğum ve doğum sonrası bakım sürecinde kadına yönelik kötü muamele ve şiddetin, daha geniş olarak yapısal eşitsizliklerden, ayrımcılıktan¹⁸ ve ataerkil yapıdan beslendiği, kadınların eşit statüsünden ve insan haklarına saygı eksikliğinden kaynaklanan ihlallerin bir parçası olduğu gözönüne alındığında, kadına yönelik şiddetin özel bir görünümü olarak ele alınıp "doğum şiddeti" olarak kavramlaştırılması isabetlidir.¹⁹

II. Doğum Şiddetinin Görünüm Biçimleri

Doğum şiddeti, genel olarak sağlık profesyonelleri ve diğer yardımcı personel tarafından hamilelik, doğum ve doğum sonrası bakım sürecinde kadınlara yönelik özel bir kötü muamele türü olarak kabul edilmektedir. Fiziksel, zihinsel ve psikolojik olarak zarar verebilir, kamu ve özel sağlık kurumlarında ortaya çıkabilir. Yıllardır tüm dünyada birçok sağlık kurumunda karşılaşılmamasına rağmen üzerinde az konuşulan bir olgudur.²⁰ Genellikle kadınların doğum deneyimleri ile ilgili anlatıları, yalnızca yakın arkadaşları ve aileleriyle özel olarak paylaşılmakta, çok nadir olarak kamuya açık bir tartışmanın ya da ses getiren bir uluslararası davanın konusu olmaktadır. Bunun utançtan mı, damgalanma korkusundan mı yoksa doğum sırasında kadınların neler beklemesi gerektiğine ilişkin farkındalık eksikliğinden mi kay-

¹⁷ Šimonović, 2019, para. 13.

¹⁸ Kadınların sağlık kurumlarında yaşadığı doğum şiddetini kategorize etmeye yönelik bilimsel araştırmaların açık ettiği gibi; farklı ırk, din, etnisite ve azınlığa mensup olan kadınlar, düşük sosyo-ekonomik statüdeki kadınlar, göçmen kadınlar, engelli kadınlar, ergenlik çağındaki kadınlar, HIV pozitif kadınlar, evli olmayan kadınlar gibi ayrımcılığa ve kesişen ayrımcılığa maruz kadınlar arasında kötü muamele olgusu daha da yaygındır. Bkz. Zampas et al., 2020, s. 253.

¹⁹ Bu noktada vurgulanmalıdır ki, Türkiye'de tıbbî terminolojide "obstetrik" kelimesi de kullanılmakta ise de eldeki çalışmada bir tıbbî terim olan "obstetrik" yerine Türkçe karşılığı olan "doğum" kelimesinin kullanılması tercih edilmiştir.

²⁰ Laura Zazzaron, "Obstetric Violence as Violence Against Women a Focus South America", Università Ca' Foscari Venezia, Master's Degree Programme Final Thesis, 2016/2017, s. 4; Nurten Yaylacı, "Uluslararası Hukukta Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği Bağlamında Sağlık Hakkı", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 355-356.

naklandığına bakılmaksızın, kadınlar genellikle yaşadıkları travmanın şikâyete değer olup olmadığından kuşku duymaktadırlar.²¹ Sonuçta, olgusal olarak doğum şiddetinin görünür olmaması böyle bir problemin yokluğundan değil aksine geleneksel ve ataerkil toplum yapısı içinde içselleştirilen ve normal algılanan bir durum olmasından kaynaklanmaktadır.

Bohren ve arkadaşları tarafından yapılan ayrıma göre doğum şiddeti türleri şu şekilde kategorize edilmektedir: Şiddet (fiziksel, sözlü ve cinsel taciz),²² damgalama ve ayrımcılık, profesyonel bakım standartlarını karşılamadaki başarısızlık, sağlık hizmet sağlayıcıları ve kadınlar arasındaki iletişim zaafiyeti, sağlık sisteminin koşulları ve kısıtlamaları.²³

Doğum şiddeti; fiziksel, sözlü, duygusal, psikolojik şiddet, tıbben gerekmediği hâlde sezaryen ve epizyotomi²⁴ gibi tıbbî uygulamalara maruz bırakma²⁵ ve sistem yetersizliğine bağlı yapısal şiddet olarak tezahür edebilir. Kimi tıbbî prosedürlerin tıbben gerekmediği hâlde aşırı ve rutin kullanımı, doğum sürecinde ilaç kullanımının uygun-

²¹ Elizabeth Kukura, "Obstetric Violence", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 106, (ss. 721-801), 2018, s. 724; Yaylacı, 2021, s. 356; nitekim, Tanzanya'da yapılan karma yöntemli bir çalışmada, başlangıç ve son ölçüm verilerindeki bariz farklılıklara vurgu yapılarak, doğum şiddetinin noksan bildirildiği sonucuna varılmıştır. Bkz. Zampas et al., 2020, s. 253-254.

²² Kadınlar tarafından, dayak, vurma, tokat atma, tekmeleme ve çimdikleme gibi fiziksel ve sözlü taciz örnekleri bildirildiği gibi, doğum sırasında ağız tıkacı ve yatak tutucu kullanımı da belgelenmiştir. Yine, hastalara yönelik cinsel taciz vakaları rapor edilmiştir. Küçük düşürücü ve aşağılayıcı sözlü tacize ilişkin kapsamlı belgeler bulunmaktadır. Bunlar; küfürlü, sert veya kaba bir dilin kullanımı ve müdahaleyi durdurmaya yönelik tehditlerin yanı sıra yargılayıcı, suçlayıcı ifadeleri içermektedir. Bkz. Khosla et al., 2016, s. 133-134; Zampas et al., 2020, s. 254-255.

²³ Doğum şiddetine ilişkin (34) ülkeden (65) çalışmadaki nitel ve nicel araştırma bulgularını sentezleyen sözkonusu sistematik incelemeler için bkz. Meghan A. Bohren, Joshua P. Vogel, Erin C. Hunter et al., "The Mistreatment of Women during Childbirth in Health Facilities Globally: A Mixed-Methods Systematic Review", *PLoS Medicine*, Vol. 12 (6), 2015; Khosla et al., 2016, s. 139.

²⁴ Epizyotomi, vajinal yolla doğum yapan kadınlara cerrahi olarak yardımcı olmak için tasarlanmış, kadının perinesinin pelvik taban kasma derin bir kesik açılmasıdır. İşlem bebeğe ve anneye faydalı olabilirken, tıbben gereksiz ve/veya bilgilendirilmiş onam alınmadan yapılırsa anne üzerinde fiziksel ve psikolojik olumsuz etkileri olabilir, ölüme yol açabilir, cinsiyete dayalı şiddete neden olabilir, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele oluşturabilir. DSÖ tavsiyesinin aksine aşırı veya rutin kullanıldığı belirtilmektedir. Bkz. Simonović, 2019, para 25.

²⁵ Bu konudaki istatistiki veriler için bkz. Sadler et al., "Moving beyond disrespect ...", 2016.

suz yönetilmesi, doğal biyolojik süreçlere ve doğum pozisyonlarına uyulmaması durumunda fiziksel şiddetten; üreme sağlığı hizmetlerinin sunumunda insancılıkla örtüşmeyen kaba davranışlarda bulunma, aşağılama hâlinde psikolojik şiddetten söz edilir. Bunun ötesinde damgalama, ayrımcılık ve sağlık sisteminin koşulları ve kısıtlamaları gibi yapısal şiddet de doğum şiddeti kapsamında ele alınmaktadır. Şu hâlde, doğum şiddeti doğrudan şiddeti (fiziksel, sözlü ve cinsel taciz) ve duygusal şiddeti (insanlık dışı, saygısızlık, saygın olmayan bakım) içerdiği gibi, yapısal şiddeti de (damgalanma, ayrımcılık ve sistem eksiklikleri) içermektedir.²⁶

Dünya Sağlık Örgütü -örnekleme yoluyla- gebelik, doğum ve doğum sonrası bakım sürecinde kadınlara yönelik yoğun aşağılama ve sözlü tacizi, kısırlaştırma dahil zorlayıcı veya rızaya dayalı olmayan tıbbî müdahaleleri, mahremiyete riayet edilmemesini, tıbbî müdahalelerden önce kadının tam olarak bilgilendirilmiş rızasının alınmamasını, ağrı kesici ilaç vermeyi reddetmeyi, ödeme gücü nedeniyle sağlık tesislerine kabulü reddetmeyi, doğum sırasında kadınların yaşamını tehdit eden önlenebilir komplikasyonlar yaşamasına sebebiyet vermeyi, kadınları ve yeni doğanları ödeme gücü nedeniyle doğumdan sonra sağlık tesislerinde gözaltında tutmayı saymaktadır. DSÖ'ye göre bu durum sadece kadınların saygılı annelik ve doğum bakımı alma haklarını ihlâl etmekle kalmayıp, aynı zamanda yaşama hakkı, sağlık hakkı, maddî ve manevî bütünlük hakkı ile ayrımcılık yasağını ihlâl etmektedir.²⁷

BM Kadına Yönelik Şiddet Özel Raportörü de, tüketici bir liste olmamakla birlikte doğum şiddeti olarak simfizyotomi (*symphysiotomy*),²⁸

²⁶ Şeyma Kilci, Özlem Bozkurt Demirel ve Aynur Saruhan, "Bir Kadın Hakkı İhlâli: Obstetrik Şiddet", *Arşiv Kaynak Tarama Dergisi* 29(2), (ss.122-128), 2020, s. 123; Khosla et al., 2016, s. 133-138; Innocent I. Okafor, Onyebuchi V.U. Emmanuel and Nnamdi Obi Samuel, "Disrespect and abuse during facility-based childbirth in a low-income country," *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 128 (2), (ss. 110-113), 2015.

²⁷ WHO, "Statement on the prevention ...", 2015.

²⁸ Bir insan hakları ihlâli olarak, kadınlara karşı işkenceye varabilecek bir şiddet türü olduğu belirlenen ve "simfizyotomi" olarak bilinen bu teknik, doğumu kolaylaştırmak için pelvisin cerrahi olarak ayrılması ve genişletilmesidir. 1990'ların başlarına kadar, kadınların bilgisi veya bilgilendirilmiş onamı alınmadan İrlanda'da kullanılan bu doğum uygulaması, birçok kadında yaşam boyu ağrı ve sakatlığa neden olmuştur. Detaylı bilgi için bkz. Šimonović, 2019, para 20.

zorla kısırlaştırma ve zorla kürtaj²⁹, fiziksel zapt (ağız tıkaçı ve yatak kısıtlaması gibi),³⁰ hastane ücretini ödeyememe nedeniyle gözaltına alma, tıbben gerekmediği hâlde sezaryenle doğuma yönlendirme,³¹ tıbben gerekmeyen ve/veya bilgilendirilmiş onam alınmadan yapılan epizyotomi, uygun olmayan oksitosin kullanımı, kristeller manevrası kullanımı,³² hastanın mahremiyetine riayet etmeme, anestezi olmaksızın ızdırıp veren kimi tıbbî müdahaleler uygulama, doğum pozisyonunu seçememe, sözlü taciz ve aşağılama gibi eylemleri saymaktadır.³³

Kuşkusuz, örnekleme yoluyla sayılan bu tür muamelelerin tüketici bir liste olmayıp kadının saygılı ve onurlu sağlık bakım alma hakkını ihlâl eden fiziksel, psikolojik ve yapısal tüm şiddet davranışlarının bu kapsamda olduğu açıktır.

DSÖ'nün öncülük ettiği bir çalışmada dört ülkede (Gana, Gine, Myanmar, Nijerya) yapılan gözlem ve toplumsal anket çalışmasında elde edilen kanıtlar %30 oranında kötü muamelenin varlığını ortaya koymaktadır.³⁴ Yine, doğum şiddeti kapsamındaki eylemlerin yaygınlığının Brezilya ve Tanzanya'da %70'i bulunduğu, beş Avrupa ülkesinde

²⁹ Özel Raportör'e göre, zorla kısırlaştırma ve zorla kürtaj dünya genelinde bilgilendirilmiş rıza alınmadan uygulanan tıbbî müdahalelerdendir. Sözde, "kadının yüksek yararı" gerekçe gösterilerek veya Roman kadınlara, yerli kadınlara, engelli kadınlara ve HIV pozitif kadınlara ve benzeri dezavantajlı kategorilere yönelik olmak üzere, doğum kontrolü konusunda sorumlu karar alamayacakları, çocuğa bakamayacakları, iyi anne olamayacakları, üremeye layık olmadıkları gibi kimi önyargı ve inançlarla uygulanmaktadır. Bkz. Šimonović, 2019, para 21.

³⁰ Bazı ülkelerde, hapsedilen kadınların doğum sancuları sırasında yatak kısıtlamaları ve ağız tıkaçları yoluyla fiziksel olarak zapt edildiği bildirilmektedir. Bkz. Bohren et al., "The Mistreatment of Women ...", 2015; Khosla et al., 2016, s. 133; Šimonović, 2019, para 22.

³¹ DSÖ, doğum için tıbbî teknolojinin kullanımını önerdiği 1985 yılından bu yana doğumun tıbben gerekmediği hâlde aşırı medikalleştirilmesinden duyduğu endişeleri dile getirmekte ve sağlık otoritelerini/profesyonellerini bu konudaki protokoller gözden geçirmeye davet etmektedir. Buna rağmen, orta ve yüksek gelirli ülkelerde tıbben gerekçelendirilmemiş obstetrik/doğum müdahalelerinin oranları artmıştır. Bkz. Sadler et al., "Moving beyond disrespect ...", 2016.

³² Doğumun kolaylaştırılması için manuel fundal basınç uygulaması olan bu yöntem artık DSÖ tarafından önerilmemektedir. Uygulaması ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, vajinal doğumların %50 ila %70'inde kullanıldığı Honduras'ta en yüksek uygulama oranlarına ulaşmaktadır. Bkz. Šimonović, 2019, para 27.

³³ Vaka örneklerine ilişkin daha detaylı açıklama için bkz. Šimonović, 2019, paras 15-38; Kukura, 2018, s. 730-754; Kilci ve diğerleri, 2020, s. 124-125; Zampas et al., 2020, s. 254-255.

³⁴ Zampas et al., 2020, s. 253.

%20 düzeyinde olduğu gösterilmekte; Türkiye’de ise doğum şiddetini oransal olarak tespit etmeye dönük kapsamlı çalışma bulunmadığı bildirilmektedir.³⁵

III. Doğum Şiddetinin Yapısal Nedenleri

Doğum şiddetinin temel yapısal nedenleri arasında ilk olarak "sağlık sisteminin koşulları ve kısıtlamaları" yer almaktadır. Bu çerçevedeki sorunlar arasında sağlık profesyonellerinin çalışma koşullarının kötü olması;³⁶ pek çok devletin sağlık çalışanlarının tıbbî etik ve insan hakları dahil olmak üzere yeterli eğitimi görmesini sağlamada başarısız olmaları; devletlerin yeterli bütçe kaynaklarını kadınların özel sağlık ihtiyaçlarına ayırmamaları gösterilmektedir. Sağlık sisteminin personel yetersizliği, yüksek hasta hacmi, düşük maaşlar, uzun saatlerde çalışma ve altyapı eksikliği gibi sorunları sağlık çalışanlarında profesyonel olmayan davranışlarını kolaylaştıran, düşük moralle çalışmaya ve olumsuz tutumlara sebebiyet veren stresli ortamlar yaratmakta ve bu da doğum şiddetini yeniden üretmektedir.³⁷ Bu nedenle, bir yandan sağlık profesyonellerinin çalışma koşullarının düzeltilerek stresli çalışma koşullarının hafifletilmesi, diğer yandan "insan haklarının korunması" konusunda bilinçlendirilmeleri gerekmektedir.

Diğer bir yapısal neden, "mevcut ayrımcı yasalar ve uygulamalar ile kimi toplumlara egemen zararlı cinsiyet klişeleri"dir.³⁸ Nussbaum’un vurguladığı gibi, "dünyanın tamamında kadınlar çeşitli bakımlardan tam eşit konumda değildir ve bu büyük bir adaletsizliktir."³⁹ Yasalar ve kamu politikaları görünürde tarafsız olsa da geleneklerden aktarı-

³⁵ Kilci ve diğerleri, 2020, s. 123.

³⁶ DSÖ’nün 2016 yılında ebelerle yönelik yaptığı küresel bir araştırmada, "ebelerin çok sık olarak çabalarının sağlık sistemi içindeki eşit olmayan güç ilişkileri tarafından kısıtlandığını bildirdikleri; birçok ebenin aynı zamanda kültürel izolasyon, güvensiz barınma ve düşük maaşlarla karşı karşıya olduklarını ifade ettikleri" görülmektedir. Bkz. WHO, International Confederation of Midwives and White Ribbon Alliance, "WHO and partners call for better working conditions for midwives", 13.10.2016. <https://www.who.int/news/item/13-10-2016-who-and-partners-call-for-better-working-conditions-for-midwives> (Erişim Tarihi: 15 Ağustos 2021); Zampas et al., 2020, s. 258.

³⁷ Šimonović, 2019, paras 39-41; Council of Europe Parliamentary Assembly, Resolution 2306, Obstetrical and Gynaecological Violence, 3 October 2019, para. 6.

³⁸ Šimonović, 2019, paras 42-48; Zampas et al., 2020, s. 256-257.

³⁹ Martha C. Nussbaum, Yapabilirlikler Yaratmak İnsani Gelişmişlik Yaklaşımı, (Çeviren) Selda Somuncuoğlu, İletişim Yayınları, İstanbul 2018, s. 164.

lan kimi uygulamalar toplumda mevcut cinsiyet eşitsizliğini ve kadınlara yönelik ayrımcılığı yeniden üretmektedir. Sözelimi, kadınların erkeklerden sınıfsal olarak daha altta görülmesi, kadınların toplumsal rollerinin salt annelik ve çocuk bakımına indirgenmesi, ev içi emeğin ve bakım emeğinin görmezden gelinmesi gibi ataerkil kalıplar gerçek cinsiyet eşitliğinin sağlanmasında birer handikaptır.⁴⁰ Doğum şiddeti, sağlık alanı da dahil olmak üzere toplumlarda hâlen egemen olan ataerkil kültürün bir yansımasıdır.⁴¹ Öte yandan, bazı kadınlar gerek yasal düzenlemelerde ve gerek uygulamada sosyal dışlanmayı arttıran ayrımcılığın kesişen birden fazla türüne, yani çoklu ayrımcılığa (*multiply discrimination*) maruz kalabilmektedir. Sözelimi, kadın bireyin bir de engelli olması⁴² ve/veya marjinalleştirilmiş toplum kesimlerinden olması gibi.⁴³ Cinsiyete dayalı şiddet dezavantajlı grupları farklı derecelerde veya farklı şekillerde etkileyebilir. Bu nedenle uygun yasal düzenlemeler ve kamusal politikalar yoluyla, dezavantajlı gruplara dahil kadınların lehine pozitif ek önlemler alınması gerekir.

Son olarak, “güç dinamikleri ve tıbbî gereklilik doktrininin kötüye kullanımı” sayılabilir.⁴⁴ Sağlık Hakkı Özel Raportörü Grover’in belirttiği gibi, sağlık hizmet sağlayıcısı- hasta ilişkisinde doğal olarak güç, deneyim ve güven eşitsizliği mevcuttur. Bu ilişkide, sağlık hizmet sağlayıcısı, tıbbî bilgi ve uzmanlık gücüne ve tıbbî otoritenin sosyal ayrıcalığına sahipken, kadın bilgi ve sağlık bakımı için büyük ölçüde

⁴⁰ Committee Economic, Social, Cultural Rights, General Comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), UN Doc E/C.12/GC/22, paras 25-27 (Çeviri için bkz. Gürkan Sert ve diğerleri, “Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığında Haklar Ekonomik Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 22 No’lu Yorumu 2016”, *Türkiye Biyoetik Dergisi*, Vol. 6, No. 2, (ss.65-81), 2019; Yaylacı, 2021, s. 181-182.

⁴¹ Council of Europe Parliamentary Assembly, Resolution 2306, Obstetrical and Gynaecological Violence, 3 October 2019, para. 5.

⁴² Engelli hamile kadınlar bakımından doğum şiddetini inceleyen bir çalışma için bkz. Aline de Miranda Valverde Terra, Ana Carla Harmatiuk Matos, “Obstetric violence against pregnant women with disability”, *Pensar, Fortaleza*, V. 24, n. 1, (ss.1-13), jan. /mar., 2019.

⁴³ Sözelimi, zorla kısırlaştırma genellikle bir azınlığa mensup ve/veya yerli kadınları hedef alan kesişen ayrımcılığın bir örneğidir. Slovakya’daki Roman kadınlar, genellikle aşırı kalabalık olan “sadece Romanlara özel” odalara yerleştirilmekte ve hastane, Roman kadınları iki yatağa yatmaya veya yataklarını koridora koymaya zorlayabilmektedir. Bkz. Šimonović, 2019, para 44;

⁴⁴ Šimonović, 2019, para 49.

sağlık hizmet sağlayıcısına bağımlı pozisyonundadır.⁴⁵ İşte özerklik hakkı, sözkonusu eşitsizliği gidermek için “denge” işlevi görmektedir.⁴⁶ Sağlık hizmet sağlayıcısı ve hasta ilişkisinde doğası gereği var olan güç dinamikleri kadınların toplumsal rolüne ilişkin cinsiyet kalıplarıyla birleşerek doğum şiddetini doğuran davranışlar ortaya çıkarmaktadır. Doğum sırasında bir kadın, özellikle savunmasız ve kırılgandır. Bu durumda, esasen sağlık hizmet sağlayıcıları hastalarına kötü davranma niyetinde olmasa bile, birtakım ihlallerin sadece düzeltilmeden değil, fark edilmeden de geçtiği bir cezasızlık kültürü ortaya çıkmaktadır.⁴⁷ Tıbbî gereklilik doktrininin kötüye kullanımına bir diğer tipik örnek olarak zorla kısırlaştırma gösterilebilir. Zira, bu durumda, özerklik hakkı ile güç dinamiklerinin kullanımı arasındaki denge iyiden iyiye bozulmakta; sözde “kadının yüksek yararı”ndan bahisle kadının rızası alınmaksızın kısırlaştırma meşrulaştırılmış olmaktadır.⁴⁸

IV. Sağlık Hakkı Bağlamında Doğum Şiddeti

Sağlığı bir hak olarak düzenleyen 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 25/1. maddesi, herkesin, kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut, tıbbî bakım ve gerekli sosyal hizmetlerden yararlanmayı da içeren yeterli bir yaşam standardı hakkına sahip olduğunu vurgulamaktadır. 1946 tarihli DSÖ Anayasası’nda, “erişilebilecek en yüksek seviyede sağlıktan yararlanma[nın], ırk, din, siyasi inanç, ekonomik ve sosyal koşullar gözetilmeksizin her insanın temel haklarından biri” olduğu belirtilmektedir.

Hukuken bağlayıcı bir uluslararası insan hakları normu olarak “sağlık hakkı” 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin (ESKHS) 12. maddesinde, “Bu Sözleşme’ye taraf devletler herkesin, ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler” şeklinde düzenlenmiş ve temel bir insan hakkı olarak tanınmıştır. Sözleşme’nin izle-

⁴⁵ Joanna N. Erdman, “Commentary: Bioethics, Human Rights and Childbirth”, *Health and Human Rights Journal*, 17(1), June 2015; Zampas et al., 2020, s. 257.

⁴⁶ Bkz. Anand Grover, Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, UN Doc. A/64/272, 2009, para 45.

⁴⁷ Šimonović, 2019, para 49.

⁴⁸ Zampas et al., 2020, s. 257.

me-denetim organı olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (ESKHK), sağlık hakkının temel bileşeni olan cinsel sağlık ve üreme sağlığı haklarının tam olarak hayata geçirilebilmesi için mevcüdiyet (*availability*), erişilebilirlik (*accessibility*), kabul edilebilirlik (*acceptability*) ve kalitelilik (*quality*) unsurlarının varlığını şart koşmaktadır.⁴⁹ Sözkonusu unsurlar çerçevesinde bir taraf devlette cinsel sağlık ve üreme sağlığı haklarının layıkıyla gerçekleştirildiğini söyleyebilmek için, yeterli sayıda ve nitelikte sağlık kurumunun, sağlık hizmetinin ve ürününün, ayrıca bilgilendirme programının mevcüdiyetinin yanında, yeterli sayıda ve ülke geneline yaygın şekilde dağılmış eğitilmiş sağlık personelinin istihdam edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, cinsel sağlık ve üreme sağlığına yönelik gerekli tüm ilaç, tıbbî cihaz ve malzemenin yeterince mevcut olması; doğum ve üreme sağlığı hizmetlerine yönelik kurum, hizmet, ürün ve bilginin ayırım gözetilmeksizin tüm bireyler için erişilebilir olması; kamu ve özel sağlık hizmetlerinin herkes için ödenebilir olması, yani bunların ücretsiz sağlanması ya da eşitlik ilkesine göre uygun fiyatlı belirlenmesi, toplumun yoksul kesimlerine yönelik hizmet bedellerinin devletçe (genel sağlık sigortasınca) karşılanması; ilaveten sözkonusu hizmetlerin kaliteli olması elzemdir.⁵⁰

ESKHK'nın 14 nolu Genel Yorumu'nda 12. maddenin normatif içeriğiyle ilgili olarak, sağlık hakkının iki veçhesinden biri olan "özgürlük" boyutunda "...bir kimsenin, cinsiyet ve üreme özgürlükleri de dahil olmak üzere kendi sağlığı ve vücudunun kontrolünü elinde bulundurması; işkence, rızaya dayanmayan tıbbî ve deneysel müdahaleler gibi müdahalelere tâbi olmaması[na]"⁵¹ vurgu yapar. İşte bu alan, üçlü yükümlülük tipolojisi çerçevesinde hem devletin müdahale edemeyeceği (saygı yükümlülüğü) ve hem de hakka üçüncü kişilerce müdahale edilmeyecek şekilde devletin önlem almasını (koruma yükümlülüğü) gerektirir. Yine, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkının özgürlük boyutu "kişinin kendi bedeni hakkında, cinsel sağlık ve üreme sağlığına ilişkin konularda şiddet, zorlama ve ayrımcılığa ma-

⁴⁹ Committee Economic, Social, Cultural Rights, General Comment No. 22, paras 12-21.

⁵⁰ Yaylacı, 2021, s. 181-181.

⁵¹ Committee Economic, Social, Cultural Rights, General Comment No 14: The right to the highest attainable standard of health, UN Doc E/C/12/2000/4, 11 August 2000, para 8.

ruz kalmadan, özgür ve sorumlu kararlar verme ve seçimler yapma hakkını içer[ir]."; hak boyutunda ise "tüm bireylerin cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkından tam anlamıyla yararlanması için ilgili sağlık kuruluşlarına, ürünlerine, hizmetlerine ve bilgilerine engellenmeksiz erişim hakkı yer alır."⁵²

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin (CEDAW) 12. maddesinde de "ulaşılabilir en yüksek sağlık standardı hakkı" tanınmış; CEDAW Komitesi 24 sayılı genel tavsiyesinde taraf devletlere "tüm sağlık hizmetlerinin özerklik, mahremiyet, gizlilik, bilgilendirilmiş onam ve seçim hakları da dahil olmak üzere kadınların insan haklarıyla uyumlu olmasını zorunlu kılmak"⁵³ yükümlülüğü getirmiştir.

CEDAW Komitesi 19 ve 35 sayılı genel tavsiyelerinde ise, kadınlara yönelik sağlığa zararlı uygulamalar (zorla kısırlaştırma, zorla kürtaj gibi) dahil şiddete izin veren, bunu hoş gören veya görmezden gelen düzenlemelerin yürürlükten kaldırılması ve bu eylemlerin cezasız bırakılmaması, tıbbî süreçlerde özgür şekilde verilmiş bilgilendirilmiş onamın alınması, mahremiyet ve gizlilik prensiplerine riayet edilmesi ve bunların yeterli bir biçimde belgelendirilmesi gereğine vurgu yapmıştır.⁵⁴

1995 yılında Pekin'de yapılan IV. Dünya Kadın Konferansı'nda kabul edilen Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu, kadın haklarının "baskıdan, ayrımcılık ve şiddetten uzak cinsel sağlık ve üreme sağlığı haklarını" da içerdiğini belirlemesi bakımından dikkate değerdir.⁵⁵

İstanbul Sözleşmesi'nin 39. maddesinde zorla kısırlaştırma ve zorla kürtajın suç olarak öngörülmesi konusunda taraf devletlere gerekli yasal düzenlemeleri yapma yükümlülüğü getirilmiştir. 39. maddede

⁵² Committee Economic, Social, Cultural Rights, General Comment No. 22, para 5.

⁵³ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General recommendation No. 24, women and health (article 12), UN Doc A/54/38 (1999), para 31(e).

⁵⁴ Nazan Moroğlu, Şükran Eroğlu (hazırlayanlar), Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi - İstanbul Sözleşmesi, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi 8 Mart 2019 Özel Yayını, İstanbul 2019, s. 114-117.

⁵⁵ Report of the Fourth World Conference on Women, Beijing, 4-15 September 1995 (United Nations publication, Sales No. E.96.IV.13), chapter I, resolution 1, annex II. 6.

öngörülen bilgilendirme ve onam alma prosedürü bakımından, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesindeki standartlara uygun olarak mağdurun tam bilgilendirme temelinde kendisinin öz-gürce verdiği rızası dışında kalan her türlü kürtaj ve kısırlaştırma işleminin bu kapsama girdiğine kuşku yoktur.⁵⁶ Bununla birlikte, İstanbul Sözleşmesi'nde spesifik olarak öngörülen iki fiil (zorla kısırlaştırma ve zorla kürtaj) dışında genel olarak doğum şiddetine değinilmemektedir.

Görüldüğü gibi, uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmeleri uyarınca her kadın gebelik, doğum ve doğum sonrası bakım sürecinde baskıdan, ayrımcılıktan ve şiddetten uzak, onurlu ve saygılı sağlık bakım hakkına sahiptir. Buna koşul olarak devletlerin ister kamu ister özel sektör olsun sağlık kurumlarında kötü muamele teşkil eden fiiller de dahil olmak üzere, doğum sırasında insan hakları ihlallerini önleme, soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğü bulunmaktadır.

V. Doğum Şiddetine İctihadi Bakış

Doğum şiddeti insan hakları denetim organlarının kararlarında yaşama hakkı, sağlık hakkı (ve cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkı), maddi ve manevi bütünlüğün korunması hakkı, özel hayata saygı hakkı, işkence yasağı, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde incelenmektedir.

Doğum şiddeti olgusuna karşı temel güvencelerden en önemlisi "bilgilendirilmiş onam" dır. Bunun yanı sıra, bilgilendirilmiş onam temel bir insan hakkıdır. Kadınların bilinçli ve iyi düşünülmüş kararlar alabilmeleri için önerilen tedaviler ve tıbbi müdahaleler hakkında tam olarak bilgi alma hakkı mevcuttur.⁵⁷ Uluslararası Jinekoloji ve Obstetrik Federasyonu, bilgilendirilmiş onamın alınmasının zaman alıcı olsa da bir zorunluluk olduğunu vurgulamaktadır.⁵⁸ Bilgilendirilmiş onam prosedürlerine tam olarak riayet edilmemesi Bohren ve arkadaşlarının sınıflandırılmasında "sağlık hizmet sağlayıcıları ve kadınlar arasındaki iletişim zaafiyeti"ne denk düşmektedir.

⁵⁶ Moroğlu, Eroğlu, 2019, s. 80.

⁵⁷ Šimonović, 2019, para 4.

⁵⁸ International Federation of Gynecology and Obstetrics, Ethical Issues in Obstetrics and Gynecology, 2012, s. 13-15. <https://www.glowm.com/pdf/english%20ethical%20issues%20in%20obstetrics%20and%20gynecology.pdf> (Erişim Tarihi: 1 Ağustos 2021).

Uluslararası insan hakları denetim organları bilgilendirilmiş onamı hiçe sayan zorla kısırlaştırma ve zorla kürtaja sert bir dille karşı çıkmaktadır.⁵⁹ CEDAW Komitesi, kadının tam ve bilgilendirilmiş onamı alınmaksızın yapılan kısırlaştırma operasyonunu sağlık hakkının ihlâli olarak nitelendirmektedir. Bu bağlamda, bilgilendirilmiş onamın kapsamı için kritik olan, bilgi vermenin şekli ve zamanlamasıdır. Komite'ye göre, hastanın zoraki okunan onam notunda kullanılan Latince kısırlaştırma terimini anlamasının mümkün olmadığı, hastanın mevcut tıbbî tablosuna göre hekimin hastaya onun anlayabileceği şekilde bilgi vermediği açık olduğundan, somut olayda bilgilendirmiş onam şartının yerine getirildiğinden söz edilemez.⁶⁰

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne Ek İhtiyarî Protokol uyarınca bireysel başvuruları inceleyen ESKHK'nın sağlık hakkını incelediği ilk kararında cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkına devletin saygı gösterme yükümlülüğü bulunduğu ve bireyin kendi bedenini kontrol etme ve bedeni üzerinde özerk karar verme özgürlüğüne müdahalenin saygı yükümlülüğünün ihlâli anlamına geldiği⁶¹ belirtilerek, tıbbî müdahale için daha evvel verilen onamın geri alınmasına ilişkin yasal düzenlemenin sağlık hakkını ihlâl ettiği belirtilmiştir.⁶²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kadının bilgilendirilmiş onamı alınmasızın kısırlaştırma ameliyatları yapılmasını Sözleşme'nin 3. ve 8. maddeleri çerçevesinde incelemekte ve durumun ağırlığına göre işkence yasağına ilişkin 3. madde ya da özel hayata saygı hakkına ilişkin 8. madde kapsamında sağlık hakkını koruyan içtihatlarla imza atmaktadır.⁶³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarın-

⁵⁹ Tobin, 2013, s. 154; Khosla et al., 2016, s. 135; Yaylacı, 2021, s. 195.

⁶⁰ CEDAW Committee, Szijjarto v. Hungary, Communication No. 4/2004, CEDAW/C/36/D/4/2004, 14.08.2006, paras 11.2-11.3. <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1716> (Erişim Tarihi: 1 Ağustos 2021).

⁶¹ Committee Economic, Social, Cultural Rights, S.C. and G.P. v. Italy, Communication No. 22/2017, E/C.12/65/D/22/2017, para 8.1. <https://undocs.org/en/E/C.12/65/D/22/2017> (Erişim Tarihi: 5 Ağustos 2021).

⁶² S.C. and G.P. v. Italy, paras 10.1, 11.1.

⁶³ V.C. v. Slovakia, Application No. 18968/07, ECHR, 08.11.2011; N.B. v. Slovakia, Application No. 29518/10, ECHR, 12.06.2012; I.G., M.K. ve R.H. v. Slovakia, Application No. 15966/04, ECHR, 13.11.2012; G.B. ve R.B. v. Moldova, Application No. 16761/09, ECHR, 18.12.2012; Csoma v. Romania, Application No. 8759/05, ECHR, 15.01.2013.

ca hamile bir kadının sağlığı hakkında mevcut bilgileri edinme hakkı da, özel hayata saygı hakkı kapsamında korunmaktadır. AİHM'e göre, "Hamilelik bağlamında annenin ve fetüsün sağlığına ilişkin ilgili bilgilere etkin erişim [...] kişisel özerkliğin uygulanmasıyla doğrudan ilgilidir."⁶⁴

Doğum dahil olmak üzere cinsel sağlık ve üreme sağlığı hizmetleri, hastaların herkesten hatta en yakın çevrelerinden bile gizli tutmak isteyebilecekleri, ancak sağlık profesyonellerinin bildiği birçok hassas kişisel bilgiyi içermektedir. Bu nedenle, sağlık hizmeti sağlayıcılarının bireyin mahremiyetini ve sağlık verilerini koruma, dolayısıyla hastanın tam ve bilgilendirilmiş onamı olmadan kadının eşi, ebeveynleri veya diğer aile üyeleri veya arkadaşları dahil olmak üzere hasta bilgilerinin üçüncü kişilerle paylaşmama ödevi bulunmaktadır.⁶⁵ Bu, sadece bireyin mahremiyetine saygı duymak açısından değil, bunun yanı sıra sağlık profesyonellerine ve genel olarak sağlık hizmetlerine olan güveni korumak bakımından önem taşır.⁶⁶ Sözkonusu yükümlülük, doğum hizmetlerinin sağlanmasında daha da önemlidir çünkü birçok kadın, mahremiyet hakkının ihlâl edilmesiyle kişisel zarara veya ayırmıcılığa maruz kalabilir.⁶⁷

AİHM de sağlık kurumlarında gerçekleşen doğumlarda hastanın mahremiyetinin korunması gerekliliğini vurgulamaktadır. Bir grup tıp öğrencisinin staj sırasında hastanın bilgilendirilmiş onamı alınmadan doğumu gözlemlediği davada özel hayata saygı hakkının ihlâl edildiğini tespit ederken, kadının doğum sırasında savunmasız durumda olduğuna, hastaya bu konuda yeterli bilgi verilmediğine vurgu yapmıştır.⁶⁸ Yine, HIV/AIDS pozitif kadınlar, mahrem nitelikteki bilgilerin ifşa edilmesi endişesiyle sağlık kurumlarına başvurma talebinden vazgeçebilmekte; bu durum hem kendi sağlıkları ve hem de toplumun genel sağlığı için önemli risk taşımakta; ayrıca sosyal yönden damgalanmaya ve dışlanmaya neden olabilmektedir.⁶⁹

⁶⁴ R.R v. Poland, Application No. 27617/04, ECHR, 26.05.2011, para. 197.

⁶⁵ Khosla et al., 2016, s. 136.

⁶⁶ Z. v. Finland, Application No. 22009/93, ECHR, 25.02.1997, para 95; Varapnickaitė-Mažylienė v. Lithuania, Application No. 20376/05, 17.01. 2012, para 44; L.H. v. Latvia, Application No. 52019/07, ECHR, 29.04.2014, para 56.

⁶⁷ Khosla et al., 2016, s. 136.

⁶⁸ Konovalova v. Russia, Application No. 37873/04, ECHR, 09.10.2014, paras 45-50.

⁶⁹ Z. v. Finland, paras 95-96; Yaylacı, 2021, s. 254.

ESKHS kapsamında, sağlık tesislerinin, mallarının ve hizmetlerinin mevcudiyeti ve kalitesi, sağlık profesyonellerinin yeterli eğitimi kadar sağlık hakkının temel unsurları arasındadır.⁷⁰ Öte yandan, uluslararası insan hakları belgelerinde, acil sağlık hizmetlerine bireylerin erişimine özel önem verilmektedir. Devletlerin egemenlik alanında bulunan tüm bireyler için erişilebilir olan acil sağlık hizmetleri sistemi kurulması gerekir.⁷¹ Bu bağlamda, aşırı kalabalık veya sağlıksız doğum hastaneleri, bu tesislerde tıbbî malzeme eksikliği, doğum hizmetlerini zorlaştırmakta; doğum sırasında kadınların yaşamını tehdit eden önlenebilir komplikasyonlar yaşamasına sebebiyet vermektedir.

Nitekim, CEDAW Komitesi *Alyne de Silva Pimental Teixeira / Brezilya* kararında ilk defa bir devleti önlenebilir bir anne ölümünden sorumlu tutmuştur. Komite'ye göre, taraf devlette uygun anne sağlığı bakım hizmetlerinin mevcut olmayışı, kadınların belirli ve ayırmedici sağlık ihtiyaçlarının karşılanmasında açık başarısızlığın göstergesidir, bu durum yaşam ve sağlık haklarını açıkça ihlâl etmektedir.⁷² Komite ayrıca somut olayda düşük kaliteli sağlık hizmet sunumu ile cinsiyet, ırk ve sosyo-ekonomik durum gibi çoklu ayrımcılığa maruz bırakılması arasında bağlantı kurmuş ve ilgili devletin ayrımcılık yasağını da ihlâl ettiğini vurgulamıştır.⁷³

Ayrımcılık yasağını ihlâl eden diğer kötü muamele biçimleri arasında, bilhassa Doğu Avrupa'da Roman kadınların yaşadığı gibi, doğum hastanelerinde ırk ve/veya etnik kökene dayalı olarak ayırım yapılması yer almaktadır.⁷⁴ Yine, kadınların doğum masraflarını öde-

⁷⁰ Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment No. 14, para 12.

⁷¹ Yaylacı, 2021, s. 229.

⁷² Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira v. Brazil*, Communication No: 17/2008, UN Doc. CEDAW/C/49/D/17/2008, 10.08.2011, para 3.3 <https://undocs.org/CEDAW/C/49/D/17/2008> (Erişim Tarihi: 5 Ağustos 2021); Tobin, 2013, s. 288-289; sözkonusu kararı analiz eden bir çalışma için bkz. Yaylacı, 2021, s. 192-193.

⁷³ *Alyne da Silva Pimentel v. Brazil*, UN Doc. CEDAW/C/49/D/17/2008 (2011), para. 7.6; Chandramathi Majety, Sravani Bejugam, "Challenges and barriers faced by women in accessing justice against obstetric violence", *International Journal of Reproduction, Contraception, Obstetrics and Gynecology*, 5(9), 2016, s. 3; Khosla et al., 2016, s. 135.

⁷⁴ Committee for the Elimination of Discrimination against Women, Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Slovakia, UN Doc. No. CEDAW/C/SVK/CO/5-6 (2015), paras. 30-31; UN Human Rights Council,

yememesi nedeniyle hastanelerde gözaltında tutulmaları ya da hastane masraflarını karşılayamamaları yüzünden hastanelere kabul edilmemeleri “ekonomik durum” nedeniyle ayrımcılığın tipik örneklerini oluşturmaktadır.⁷⁵

CEDAW Komitesi, bir nihaî gözleminde, doğum sırasında tıbben gerekliliği olmayan müdahalelere dikkat çekmiş ve doğum sırasında tıbbî prosedürlerin nesnel ihtiyaç değerlendirmesine tâbi tutulmasını, kadınların özerkliğine saygı duyarak yürütülmesini ve hastanın bilgilendirilmesini sağlamak için yeterli güvenceler öngörülmesini tavsiye etmiştir.⁷⁶

BM İnsan Hakları Komitesi, geçmiş yıllarda doğum sırasında gerçekleştirilen simfizyotomileri ele alarak, 1944 ve 1987 yılları arasında 1500 kadının kendi rızası ve bilgilendirilmiş onamı olmaksızın bu yönteme maruz bırakıldığını bildirmiş; failerin soruşturulması ve cezalandırılması ile mağdurlara tazminat ödenmesini tavsiye etmiştir.⁷⁷ İşkenceye Karşı Komite, çok sayıda kadının bu teknikle ilgili şikâyetlerini ele almış ve bunun işkence teşkil ettiğini tespit etmiştir. Komite 2017 yılında, İrlanda devletine “[buna] maruz kalmış kadınların vakaları hakkında tarafsız ve kapsamlı bir soruşturma yürütmesini (...) ve mağdurlara tazminat dahil olmak üzere hukukî telâfi mekanizmalarının işletilmesini ve rehabilitasyon sağlanmasını” tavsiye etmiş;⁷⁸

Compilation prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights: Hungary, UN Doc. No. A/HRC/WG.6/11/HUN/2(2011), para. 55.

⁷⁵ 22 nolu Genel Yorum’da, sağlık hakkının ekonomik yönden erişilebilirliği bakımından şu ilke öngörülmektedir: “Kamudan veya özel olarak sağlanan cinsel sağlık ve üreme sağlığı hizmetleri herkes için ödenebilir olmalıdır. Cinsel sağlık ve üreme sağlığı belirleyicilerine ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere, temel ürün ve hizmetlerin, bireylerin ve ailelerin sağlık giderlerine orantısız bir şekilde yüklenmemesi için (bu ürün ve hizmetler) hiçbir maliyet olmaksızın sağlanmalı ya da eşitlik ilkesine göre fiyatlandırılmalıdır. Yeterli imkânı olmayan kişilerin, sağlık sigortası masraflarının karşılanması, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hizmetleri ile ilgili bilgilendirilmesi, bu ürünleri ve hizmetleri sağlayan sağlık kuruluşlarına erişebilmesi için gerekli önlemler alınmalıdır.” Bkz. Committee Economic, Social, Cultural Rights, General Comment No. 22, para 17; Khosla et al., 2016, s. 135.

⁷⁶ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Czech Republic, UN Doc. No. CEDAW/C/CZE/CO/5, 2010, para 36.

⁷⁷ Human Rights Council, Concluding observations on the fourth periodic report of Ireland, UN Doc. No. CCPR/C/IRL/CO/4, 2014, para 11.

⁷⁸ Committee against Torture, concluding observations, Ireland, CAT/C/IRL/CO/2, paras 29-30.

konuyla ilgili olarak CEDAW Komitesi de, İrlanda devletini, simfizyotomi de dahil olmak üzere tüm istismar iddialarına ilişkin vakalara yönelik hızlı, bağımsız ve kapsamlı soruşturmalar yapmaya ve tüm mağdurların etkili hukuk yollarına ve rehabilitasyon hizmetlerine başvurmalarını sağlamaya davet etmiştir.⁷⁹

Anne sağlığı bakımından tıbben gerektirici nedenler olmasına rağmen kürtaja izin verilmemesi, hem annenin sağlığını ve yaşamını tehlikeye atması ve hem de kadının kendi bedeni üzerindeki karar verme yetkisini ölçsüz şekilde sınırlandırması nedeniyle doğum şiddetine sebep olabilmektedir. BM İnsan Hakları Komitesi, tecavüz sonucunda gebe kalan çocuğun anensafalık fetüsünün hekim tavsiyesine rağmen kürtaj talebinin sağlık otoritesince reddedilmesi nedeniyle küçüğün ağır psikolojik travmaya maruz kalmasını insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağı kapsamında kabul ederek ihlâl kararı vermiştir.⁸⁰

Doğumun aşırı medikalleşmesinin önüne geçilmesi için hamile kadınlar için evde doğum imkânı yaratılması, kadınlara bu konuda seçme özgürlüğü sağlaması bakımından kuşkusuz çok önemli bir adımdır. Bununla birlikte, AİHM'nin bu konudaki tutumunun ulusal makamların takdir yetkisine ilişmemek şeklinde olduğu görülmektedir. Nitekim, hamile kadınların evde doğum yapma taleplerinin devletçe karşılanmamasını 8. madde kapsamında inceleyen AİHM, *Ternovszky / Macaristan* davasında, davalı devletin evde doğumla ilgili kapsamlı ve etkili düzenleme eksikliğinin, evde doğum yapan sağlık profesyonellerini kovuşturma riskiyle karşı karşıya bıraktığını belirtmiştir. Bu durum, başvuranın evde doğum yapma fırsatını fiilen engellediği için özel yaşam hakkının ihlâli anlamına gelmektedir. Kadının “seçimini mümkün kılan yasal ve kurumsal bir ortam hakkı” olduğuna dikkat çeken Mahkeme, “hukukî belirliliğin olmaması ve sağlık profesyonellerine yönelik kovuşturma tehdidinin, başvuranın evde doğum konusundaki seçeneklerini sınırladığı” gerekçesiyle çok isabetli olarak 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.⁸¹ AİHM

⁷⁹ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 2017 Concluding Observations, Ireland, CEDAW/C/IRL/CO/6-7, para 15(a).

⁸⁰ Human Rights Council, *KNLH v. Peru*, UN Doc CCPR/C/85/D/1153/2003/Rev.1, 14.08.2006. https://www.escri-net.org/sites/default/files/caselaw/decision_0.pdf (Erişim Tarihi: 5 Ağustos 2021).

⁸¹ *Ternovszky v. Hungary*, Application No. 67545/09, ECHR, 14.03.2011, paras 25-

daha sonra önüne gelen *Dubská ve Krejzová / Çek Cumhuriyeti* davasında, öncelikle sağlık politikası ve kaynakların tahsisi ile ilgili konularda ulusal mercilerin geniş takdir yetkisi bulunduğunu; ayrıca evde doğumlara izin verilmesi yönünde Avrupa Konseyi üye devletleri arasında konsensüs bulunmadığını vurgulamıştır. Somut olayda Mahkeme, hamile kadına doğum sırasında oluşabilecek acil tıbbî bakımın ancak bir sağlık tesisinde sağlanabileceğini, evde doğumlarda bir ebe bulunsa bile acil tıbbî bakımın sağlanamayacağını; evde doğuma izin veren ülkelerde dahi, hamileliğin düşük riskli olması, doğum sırasında kalifiye bir ebe bulunması, herhangi bir komplikasyon tespit edildiği takdirde annenin hastaneye naklinin çok kısa bir süre içinde sağlanması gibi belirli ön koşulların arandığını; dolayısıyla bir sağlık uzmanının yardımı olmadan evde doğumun, annenin ve yeni doğanın yaşamı ve sağlığı üzerindeki riskleri arttırmasının muhtemel olduğunu; kaldı ki, davalı devletin bu düzenlemeyi yaparken bilimsel görüşlere başvurduğunu; dolayısıyla, devletin bu alandaki takdir yetkisini göz önüne alarak, ebe yardımıyla evde doğuma imkân tanımayan devlet politikasının özel hayata müdahale niteliği taşımadığını belirtmiştir.⁸² Bu noktada vurgulamak gerekir ki, aslında AIHM, Ternovszky kararını verirken, Macar yasalarının evde doğum konusunda etkili ve kapsamlı düzenleme içermediğini ve bunun da evde doğum yaptıran sağlık profesyonellerini kovuşturma riskiyle karşı karşıya bıraktığını, yani somut durumda yasal çerçevenin “öngörülebilir” olmadığını göz önünde bulundurmuştur. *Dubská ve Krejzová* kararını verirken, Çek Cumhuriyeti’ndeki yasal düzenlemenin ebeler dahil olmak üzere sağlık profesyonellerinin sadece yeterli donanıma sahip tesislerde doğum yaptırabilmesi için gerekli olan koşulları açık ve öngörülebilir şekilde öngördüğünü dikkate almıştır.⁸³ Son olarak *Pojatina / Hırvatistan* davasında da, ilgili mevzuatın başvuranın doğum konusundaki seçme özgürlüğünü sınırladığını kabul etse de, başvuranın özel hayatına müdahalenin, devletin annelerin ve çocukların sağlık ve güvenliğini korumak için hastanede doğumları teşvik etme meşru amacı ile orantı-

27; Šimonović, “A human rights-based approach ...”, 2019, para 64.

⁸² *Dubská and Krejzová v. the Czech Republic*, Application No. 28859/11 and 28473/12, ECHR Grand Chamber, 15.11.2016, paras 184-191; Šimonović, “A human rights-based approach ...”, 2019, para 65.

⁸³ *Dubská and Krejzová v. the Czech Republic*, para 111.

sız olmadığını belirterek 8. maddenin ihlâl edilmediğini belirtmiştir.⁸⁴ Sonuç olarak, AİHM’nin konuyla ilgili içtihatları da göz önüne alındığında, evde doğum imkânı, hem kadının bu konudaki özgürce seçim hakkını ihlâl etmeyecek ve hem de sağlık ve yaşam haklarını riske atmayacak şekilde, taraf devletlerce hukukî belirlilik ilkesi çerçevesinde açık ve net olarak düzenlenmelidir.

Uluslararası insan hakları denetim-izleme organlarının kadınların sağlık hakkını koruyan sözkonusu içtihat, karar ve yorumlarının yanı sıra ulusal mahkemelere ait iki karar doğum şiddeti bakımından ufuk açıcudur. Bunlardan ilki, doğum sırasında sağlık profesyonellerince hamile kadının etnik kökenine dayalı sözlü aşağılamada bulunulması meselesinin incelendiği davadır. Sözkonusu davada, Macaristan Eşitlik Kurumu’nca DSÖ’nün Bildirisi’ne doğrudan atıf yapılarak ihlâl kararı verilmiştir. Karar’da, kadınların doğum sırasında özellikle savunmasız ve kırılgan oldukları, tüm kadınların saygılı ve onurlu sağlık hizmeti alma hakkı ve hamilelik-doğum sırasında ayrımcı olmayan tedavi hakkı da dahil olmak üzere, ulaşılabilir en yüksek sağlık standardına sahip olma hakkı olduğu ve insan onuruna saygılı davranmanın kaliteli annelik bakımının temel bileşeni olduğu vurgulanarak, doğum yapan kadına yönelik “*siz çingeneler sadece para için doğum yaparsınız.*” ifadesi gözönüne alındığında, sağlık hizmeti sağlayıcısının başvuranın onurunu ve üreme sağlığı hakları ile bağlantılı olarak etnik kökene dayalı eşit muamele hakkını ihlâl ettiğine karar verilmiştir.⁸⁵

Kenya Yüksek Mahkemesi’nin bir kararında, doğum yapmak üzere sağlık kurumuna başvuran hamile bir kadının diğer hastalar tarafından video kaydına alınabileceği açık bir yerde hiçbir sağlık personelinin eşlik etmediği bir durumda tek başına doğum yapmak zorunda bırakıldığı, görüntülerde hemşirelerce sözlü ve fiziksel olarak aşağılayıcı bir şekilde istismar edildiğinin açıkça gözlemlendiği belirterek, devletin anayasada ve uluslararası hukukta öngörülen insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağını ihlâl ettiği belirtilmiştir.⁸⁶

⁸⁴ Pojatina v. Croatia, Application No. 18568/12, ECHR, 04.02.2019, paras 79-90.

⁸⁵ KR v. Miscolc County Hospital, EBH/349/2016, Equal Treatment Authority, 05.12.2016; Yaylacı, 2021, s. 356-357.

⁸⁶ Doğum için hastaneye başvuran Josephine Majani (JM), boş yatak olmadığından başka bir hastayla aynı yatağı paylaşmaya zorlanır; doğum sancularının başlaması üzerine görevli sağlık personeli tarafından doğum odasına yönlendirilir ancak

Uluslararası insan hakları denetim organlarının kararlarının yanı sıra, yukarıda işaret edilen ulusal mahkeme kararları doğum şiddetinin görünür kılınması bakımından son derece önem taşımaktadır. Kuşkusuz bu davalar, hem yasa koyucuların sorumluluklarına dikkat çekerek bu tür şiddet sorunlarının ele alınmasına kapı aralayacak ve hem de etkili bir hesap verebilirlik için güçlü birer emsal oluşturacaktır.

SONUÇ ve ÖNERİLER

İnsan haklarına “saygı gösterme”, insan haklarını “koruma” ve gereğini “yerine getirme” ödevleri kapsamında, devletlerin kamu ve özel tüm sağlık kurumlarında doğum şiddetini önleme ve ortadan kaldırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bağlamda, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde ve anayasalarda bireye tanınan temel hakların iç hukukta usulî güvencelerle korunması ve bu hakların ihlâli durumunda etkili hukuk yollarının sağlanması insan haklarının gerçekleştirilmesinde en önemli ve etkili mekanizmalardandır.

Nitekim, ESKHK’nın 22 nolu Genel Yorumu’nda devletlere, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkının ihlâl edildiği durumlarda tüm bireylerin adalete ve etkili bir hukuk yoluna erişimlerini sağlamaları tavsiye edilmektedir. Etkili hukuk yolları, tüketici bir liste olmamak kaydıyla, tazminat, rehabilitasyon, ihlâlin yinelenmemesi gibi yeterli, etkin ve hızlı telâfi yollarını içermelidir. Ayrıca, hakkın yasal düzenlemeler, kamusal politikalar ve idarî başvuru yoluyla korunması ve ulusal düzeyde dava edilebilirliğinin sağlanması büyük önem taşımaktadır. Üçüncü kişilerin cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkını ihlâl ettiği du-

kendisine hiç bir sağlık personeli eşlik etmez; doğum odasında da tüm yatakların dolu olması üzerine yattığı koğuşa geri dönmeye çalışan JM şuurunu kaybeder ve bu hâlde tek başına doğum gerçekleşir; kendine geldiğinde hemşireler tarafından fiziksel ve sözlü taciz, aşağılama ve kötü muameleye maruz bırakılarak mevcut durumuna rağmen, plasentasını doğum odasına götürmesi söylenir. Tüm bu yaşananların başka bir hasta tarafından video kaydına alınıp televizyonlarda yayınlanması üzerine JM ilgili kadın STK’larının yardımıyla bu davayı açar. Bkz. JOO (also known as Josephine Majani) v. Attorney General and others, Petition Case No. 5 of 2014, The High Court Of Kenya, 22.03.2018, paras 59-64; Center for Reproductive Rights, Kenya’s High Court Rules in Favor of Woman Physically Abused During Delivery, 2018 <https://www.reproductiverights.org/press-room/kenya-high-courtrules-in-favor-of-woman-physically-abused-during-delivery> (Erişim Tarihi: 30 Temmuz 2021); Yaylacı, 2021, s. 381-382.

rumlarda devletler, bu tür ihlallerin mağdurlarına etkili hukuk yollarını sağlamanın yanı sıra, bu ihlallerin soruşturulup kovuşturulmasını ve faillerin cezasız bırakılmamasını sağlamalıdır.⁸⁷

Doğum şiddetiyle mücadele edilmesi için konunun insan hakları perspektifinden ele alınması zorunludur. BM Özel Raportörün tematik raporu doğum şiddetiyle mücadele edilmesi için çok önemli spesifik çözüm önerileri getirmektedir. Bu bağlamda, kadınların kamu ve özel tüm sağlık kurumlarındaki kötü muamele ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddet iddialarıyla ilgili olarak etkili iç hukuk yolları sağlanarak bağımsız soruşturma yürütülmeli; özel ve kamu olmak üzere tüm sağlık kuruluşları denetlenmelidir. Disiplinler arası iş birliği büyük önem taşıdığından, kadın STK'ları, üreme ve doğum bakımıyla ilgilenen bağımsız insan hakları kurumları, sağlık kurumları, meslek kuruluşları ve diğer aktörler arasında yapıcı bir iş birliği ve eşgüdüm sağlanmalıdır. Sorunun tespiti ve çözümü için, şiddeti üreten yapısal nedenleri ortadan kaldırmaya yönelik ulusal stratejiler geliştirilmeli, üreme sağlığı hizmetlerinin kalitesi hakkında yıllık bazda veri toplanmalı; elde edilen veriler çerçevesinde hak temelli bakış açısıyla kamusal politikalar üretilmelidir. İnsan hakları standartlarına uygun olarak bilgilendirilmiş onam hakkının etkili ve uygun şekilde kullanılması sağlanmalıdır. Yine, kadınlara doğum sırasında kendi seçtiği bir doğum arkadaşına sahip olma ve kendi seçimi dahilinde evde doğum imkânı sağlanmalıdır. Saygılı annelik bakımı, doğum bakımı ve kadına yönelik şiddetle ilgili insan hakları belgeleri ve DSÖ standartlarının her aşamada uygulanması sağlanmalı; ülkelere ilişkin doğum şiddeti temel göstergeleri BM nezdinde evrensel periyodik gözden geçirme prosedürüne ve insan hakları izleme-denetleme organlarının periyodik raporlarına dahil edilmelidir.⁸⁸

⁸⁷ Committee Economic, Social, Cultural Rights, General Comment No. 22, para 64.
⁸⁸ Šimonović, 2019, paras 75-81; etkili bir uluslararası hak savunuculuğuna dayalı hesap verebilirlik ile insan haklarına dayalı iç politika, program ve uygulama geliştirilmesi gerekliliğini öneren bir çalışma için bkz. Caitlin R. Williams and Benjamin Mason Meier, "Multisector human rights collaboration in the global fight to end obstetric violence", UNC Gillings School of Global Public Health, 27 October 2020 ve ayrıca, Caitlin R. Williams and Benjamin Mason Meier, "Ending the abuse: the human rights implications of obstetric violence and the promise of rightsbased policy to realise respectful maternity care", *Sexual and Reproductive Health Matters*, Vol. 27(1), (ss. 9-11), 2019, s. 10.

Hesap verebilirliğin insan haklarının gerçekleştirilmesi için “olmazsa olmaz” olduğu gözönüne alındığında, kadınların temel insan haklarından olan cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkını açıkça ihlâl eden bu sorunla mücadele edebilmenin ön koşulunun “etkili hukuk yolları” tesis edilmesinden geçtiğine kuşku yoktur. Bunun yanı sıra, öncelikle tüm sağlık çalışanlarına kadının insan hakları konusunda uygun ve gerekli eğitimlerin verilmesi gerektiği gibi, yargıçlar, savcılar, avukatlara yönelik doğum ve üreme sağlığı hizmetleri bağlamında kadının insan hakları konusunda farkındalık yaratılmasına yönelik eğitimler verilmesi en önemli adımlardan olacaktır.

Ayrıca, doğum ve üreme sağlığı hizmetlerine erişim ve bu hizmetlerin sunum koşulları hakkında bilgi toplamak, sağlık hizmet sağlayıcıları ve hasta ilişkilerinin hangi noktada ve neden zayıfladığını belirlemek ve böylece devletin kadınların cinsel sağlık ve üreme sağlığı haklarını gerçekleştirmek için yapabileceği somut adımları belirlemek amacıyla sistematik veri toplama, izleme ve değerlendirme yapılmaksızın anlamlı bir hesap verebilirlik sağlamak mümkün değildir.

Ülkemize gelince; yukarıda Türkiye’de doğum şiddetini oransal olarak tespit etmeye dönük geniş kapsamlı çalışma bulunmadığını belirtmiştik. Konuya akademik ilgi olmaması bir yana, uygulamada farkında olunmayan, konuşulmayan ve üstünde durulmayan bu küresel sorun hakkında farklı akademik disiplinlerce kapsamlı çalışmalar yapılarak, hem bu alandaki teorik boşluğun kapatılması ve hem de disiplinler arası yaklaşımla konunun gündeme alınması sağlanmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar ve Tezler

- Bellón Sánchez, Silvia, “Obstetric Violence: Medicalization, authority abuse and sexism within Spanish obstetric assistance. A new name for old issues?”, Master Thesis, University of Granada, 2014.
- Moroğlu Nazan, Eroğlu Şükran (hazırlayanlar), Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi – İstanbul Sözleşmesi, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi 8 Mart 2019 Özel Yayını, İstanbul 2019
- Nussbaum Martha C., Yapabilirlikler Yaratmak İnsani Gelişmişlik Yaklaşımı, (Çev.) Selda Somuncuoğlu, İletişim Yayınları, İstanbul 2018.
- Tobin John, The Right to Health in International Law, Oxford University Press, 2012, Reprinted 2013.

Yaylacı Nurten, "Uluslararası Hukukta Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği Bağlamında Sağlık Hakkı", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.

Zazzaron Laura, "Obstetric Violence as Violence Against Women a Focus South America", Università Ca' Foscari Venezia, Master's Degree Programme Final Thesis, 2016-2017.

Makaleler

Bohren Meghan A., Hunter Erin C., Munthe-Kaas, et al., "Facilitators and Barriers to Facility-based Delivery in Low- and Middle-income Countries: A qualitative evidence synthesis," *BioMed Central Reproductive Health*, 11(71), 2014.

Bohren Meghan A., Vogel, Joshua P., Hunter, Erin C., et al., "The Mistreatment of Women during Childbirth in Health Facilities Globally: A Mixed-Methods Systematic Review", *PLoS Medicine*, 12(6), ss. 1-32, 2015.

Borges Maria T.R., "A Violent Birth: Reframing Coerced Procedures During Childbirth as Obstetric Violence", *Duke Law Journal*, 67(827), ss.827-862, 2018.

Bowser D. and Hill K., "Exploring evidence for disrespect and abuse in facility-based childbirth: Report of a landscape analysis" Washington, DC: USAID-TRAction Project, 2010.

Castro Arachu, "Witnessing Obstetric Violence during Fieldwork: Notes from Latin America", *Health and Human Rights Journal*, 21(1), ss. 103-113, June 2019.

Castro Roberto, Frías, Sonia M., "Obstetric Violence in Mexico: Results From a 2016 National Household Survey", *Violence Against Women*, April 2019.

Center for Reproductive Rights, Kenya's High Court Rules in Favor of Woman Physically Abused During Delivery, 2018.

Chattopadhyay, Sreeparna, Mishra, Arima and Jacob, Suraj, "'Safe', yet violent? Women's experiences with obstetric violence during hospital births in rural North-east India", *Culture, Health & Sexuality*, 2017.

Dias Murillo, Mori Machado and Valeria Eunice, "Obstetric Violence in Brazil: An Integrated Multiple Case Study", *Humanities and Social Sciences Review*, 08(02), ss. 117-128, 2018.

Diaz-Tello Farah, "Invisible wounds: obstetric violence in the United States", *Reproductive Health Matters*, 24(47), 2016.

Erdman Joanna N., "Commentary: Bioethics, Human Rights and Childbirth", *Health and Human Rights Journal*, 17/1, June 2015.

Gebremichael Mengistu Welday et al., "Women suffer more from disrespectful and abusive care than from the labour pain itself: a qualitative study from Women's perspective", *BMC Pregnancy and Childbirth* 18(392), ss. 1-6, 2018.

Grover Anand, Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, UN Doc. A/64/272, 2009.

Göbelez Selen, "Doğum Şiddeti/Obstetrik Şiddet", *Feminist Bellek*, <https://feminist-bellek.org/dogum-siddeti/> (Erişim Tarihi: 17 Ağustos 2021).

- Jaffre Y. and Prual A., "Midwives in Niger: An uncomfortable position between social behaviors and health care constraints," *Social Science and Medicine*, 38(8),1994.
- Jewkes R., Abrahams A., and Mvo Z., "Why do nurses abuse patients? Reflections from South African obstetric services," *Social Science and Medicine* 47(11), ss. 1781-1795, 1998.
- Katz Leila, Amorim, Melania Maria, Giardona, Juliana Camargo, et al., "Who is Afraid of Obstetric Violence?", *Rev. Bras. Saúde Mater. Infant.*, Recife, 20(2), ss. 623-626 abr-jun., 2020.
- Khosla Rajat, Zampas, Christina Vogel, Joshua P., et al., "International Human Rights and the Mistreatment of Women during Childbirth," *Health and Human Rights Journal*, 18(2) ss.131-143, December 2016.
- Kilci Şeyma, Bozkurt Demirel, Özlem, Saruhan, Aynur, "Bir Kadın Hakkı İhlâli: Obstetrik Şiddet", *Arşiv Kaynak Tarama Dergisi* 29(2), ss.122-128, 2020.
- Kukura Elizabeth, "Obstetric Violence", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 106, ss. 721-801, 2018.
- Majety Chandramathi, Bejugam Sravani, "Challenges and barriers faced by women in accessing justice against obstetric violence", *International Journal of Reproduction, Contraception, Obstetrics and Gynecology*, 5(9), 2016.
- Mena-Tudela, Desirée, Iglesias-Casás, Susana, González-Chordá, et al., "Obstetric Violence in Spain (Part I): Women's Perception and Interterritorial Differences", *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17, 7726, ss. 1-14, 2020.
- Odaldo Beatrice, Opondo, Evelyne, Onyango, Martin, "Litigating to Ensure Access to Quality Maternal Health Care for Women and Girls in Kenya", *Reproductive Health Matters* 26(53), ss.123-129, 2018.
- Okafor Innocent I., Emmanuel Onyebuchi V.U., Samuel, Nnamdi Obi, "Disrespect and abuse during facility-based childbirth in a low-income country," *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 128 (2), ss. 110-113, 2015.
- Pickles Camilla, "Eliminating abusive 'care'- A criminal law response to obstetric violence in South Africa", *SA Crime Quarterly* No. 54, ss. 5-16, December 2015.
- Sadler Michelle, Santos Mario JDS, Ruiz-Berdún Dolores, et al. "Moving beyond disrespect and abuse: addressing the structural dimensions of obstetric violence", *Reproductive Health Matters*, 24(47), 2016.
- Savage Virginia, Castro, Arachu, "Measuring mistreatment of women during childbirth: a review of terminology and methodological approaches", *Reproductive Health*, 14(138), 2017.
- Sen Gita, Reddy Bhavya, Iyer Aditi, "Beyond measurement: the drivers of disrespect and abuse in obstetric care", *Reproductive Health Matters* 26(53), ss. 6-18, 2018.
- Shabot Sara Cohen, "We birth with others: Towards a Beauvoirian understanding of obstetric violence", *European Journal of Women Studies* XX (X), ss. 1-16, 2020.
- Sert Gürkan ve diğerleri, "Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığında Haklar Ekonomik Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 22 No'lu Yorumu 2016", *Türkiye Biyoetik Dergisi*, Vol. 6, No. 2, ss.65-81, 2019.

- Šimonović Dubravka, UN Human Rights Council, Special Rapporteur on Violence against Women. "UN Secretary General, A human rights-based approach to mistreatment and violence against women in reproductive health services with a focus on childbirth and obstetric violence", UN Doc A/74/137, 11 July 2019.
- Small Rhonda, Roth, Carolyn, Raval, Manjri et al., "Immigrant and non-immigrant women's experiences of maternity care: a systematic and comparative review of studies in five countries", *BMC Pregnancy and Childbirth*, 14(152), 2014.
- Vacaflor Carlos Herrera, "Obstetric violence: a new framework for identifying challenges to maternal healthcare in Argentina", *Reproductive Health Matters*, 24(47), ss. 65-73, 2016.
- Valverde Terra, Aline de Miranda, Harmatiuk Matos, Ana Carla, "Obstetrik violence against pregnant women with disability", *Pensar, Fortaleza*, V. 24, n. 1, ss.1-13, jan./mar. 2019.
- Williams Caitlin R., Jerez C., Klein K., Correa M., Belizan JM., Cormick G., "Obstetric violence: a Latin American legal response to mistreatment during childbirth", *BJOG An International Journal of Obstetrics and Gynaecology* 125, ss.1208-1211, 2018.
- Williams Caitlin R. & Meier, Benjamin Mason, "Ending the abuse: the human rights implications of obstetric violence and the promise of rightsbased policy to realise respectful maternity care", *Sexual and Reproductive Health Matters*, 27(1), ss. 9-11, 2019.
- Williams Caitlin R. & Meier, Benjamin Mason, "Multisector human rights collaboration in the global fight to end obstetric violence", *UNC Gillings School of Global Public Health*, 27 October 2020.
- Wolf Allison B. "Metaphysical violence and medicalized childbirth", *International Journal of Applied Philosophy*, 27(1), ss.101-111, 2013.
- Yamin Alicia Aly, "Struggles For Human Rights in Health in An Age Of Neoliberalism: From Civil Disobediences To Epistemic Disobediences", *Journal of Human Rights Practice*, 11, ss. 357-372, 2019.
- Zampas Chiristina, Amin, Avni, O'Hanlon, Lucinda, Bjerregaard, Alisha, Mehrtash, Hedieh, Khosla, Rajat, Tunçalp, Özge, "Operationalizing a Human Rights-Based Approach to Address Mistreatment against Women during Childbirth", *Health and Human Rights Journal*, Vol. 22, No. 1, ss. 251- 264, June 2020.

Uluslararası Belgeler, Genel Yorumlar, Tavsiyeler, Kararlar, Raporlar vd.

- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General recommendation No. 24, women and health (article 12), 1999.
- Committee Economic, Social, Cultural Rights, General Comment No 14: The right to the highest attainable standard of health, UN Doc E/C/12/2000/4, 11 August 2000.
- Committee Economic, Social, Cultural Rights, General comment No. 22 on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), UN Doc E/C.12/GC/22, 2016.
- Council of Europe Committee on Equality and Non-Discrimination, *Obstetrical and Gynaecological Violence*, Doc. 14965, 2019.

- Council of Europe Parliamentary Assembly, Resolution 2306, Obstetrical and Gynaecological Violence, 3 October 2019.
- Report of the Fourth World Conference on Women, Beijing, 4-15 September 1995 (United Nations publication, Sales No. E.96.IV.13).
- World Health Organization, "The prevention and elimination of disrespect and abuse during facility-based childbirth", WHO/RHR/14.23 2015.
- World Health Organization, International Confederation of Midwives and White Ribbon Alliance, "WHO and partners call for better working conditions for midwives", 13.10.2016. <https://www.who.int/news/item/13-10-2016-who-and-partners-call-for-better-working-conditions-for-midwives> (Erişim Tarihi: 15 Ağustos 2021).

Yargısal ve Yarı Yargısal Kararlar

- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Szijjarto v. Hungary, (Communication No. 4/2004), CEDAW/C/36/D/4/2004, 14.08.2006.
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Alyne da Silva Pimentel Teixeira v. Brazil, (Communication No. 17/2008), CEDAW/C/49/D/17/2008, 10.08.2011.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, S.C. and G.P. v. Italy, (Communication No. 22/2017), E/C.12/65/D/22/2017, 07.03.2019.
- ECHR, Z. v. Finland, Application No. 22009/93, 25.02.1997.
- ECHR, Ternovszky v. Hungary, (Application No. 67545/09), 14.03.2011.
- ECHR, V.C. v. Slovakia, (Application No. 18968/07), 08.11.2011.
- ECHR; R.R v. Poland, Application No. 27617/04, ECHR, 26.05.2011.
- ECHR, Varapnickaitė-Mažyliienė v. Lithuania, Application No. 20376/05, 17.01.2012.
- ECHR, N.B. v. Slovakia, (Application No. 29518/10), 12.06.2012.
- ECHR, I.G., M.K. ve R.H. v. Slovakia, (Application No. 15966/04), 13.11.2012.
- ECHR, G.B. ve R.B. v. Moldova, (Application No. 16761/09), 18.12.2012.
- ECHR, Csoma v. Romania, (Application No. 8759/05), 15.01.2013.
- ECHR, L.H. v. Latvia, Application No. 52019/07, 29.04.2014.
- ECHR, Konovalova v. Russia, Application No. 37873/04, 09.10.2014.
- ECHR, Dubská and Krejzová v. the Czech Republic, (Application No. 28859/11 and 28473/12), 15.11.2016.
- ECHR, Pojatina v. Croatia, (Application No. 18568/12), 04.02.2019.
- Human Rights Council, KNLH v. Peru, CCPR/C/85/D/1153/2003/Rev.1, 14.08.2006.
- Equal Treatment Authority, KR v. Misco County Hospital, EBH/349/2016, 05.12.2016.
- The High Court Of Kenya, JOO (also known as Josephine Majani) v. Attorney General and others, Petition Case No. 5 of 2014, 22.03.2018.

GENÇLİK ÇETELERİ VE GENÇ SUÇLULUĞU ARASINDAKİ İLİŞKİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

AN ANALYSIS OF THE RELATIONSHIP BETWEEN YOUTH GANGS AND DELINQUENCY

İlkay NADİR*

Özet: Gençlik çeteleri gerek yapısal özellikleri gerek gruba özgü davranış biçimleri açısından uzun yıllardır çalışma konusu olmasına rağmen, literatürde bu hususlarda herhangi bir tanımsal birlik bulunmamaktadır. Bu kapsamda, bir grubu çete olarak tayin etmek için özellikle üyelerin herhangi bir yasa ihlalinde bulunmaları veya suç işlemeleri gerekip gerekmediği ve grubun suç örgütü sayılabilmesi için örgütlenme biçimlerinin buna uygun olup olmadığı tartışılmaktadır. Sayılan kriterlerin yanında, gençlerin çeteler halinde bir araya gelmelerini sağlayan motivasyonlar da suçlulukla gençlik çeteleri arasındaki ilişkiyi açıklamada önem kazanmıştır. Üyelerin çoğunlukla vakit geçirmek, yaşadıkları bölgeyi korumak, birlikte daha ivedi ve kararlı bir şekilde hareket edebilmek, kolektif yaşamının maddi manevi kazançlarından bireysel olarak yararlanmak için çete kurdukları veya çetelere dahil oldukları saptanmıştır. Dahası, çetelerin suç örgütlerine göre çok daha zayıf bir örgüt yapısının bulunması, suç işlemenin grubun birincil faaliyeti olmasını engellemektedir. Çetelerin niteliği gereği özellikle üyelerin kontrol makamları nezdinde görünürlüklerinin yüksek olması da benzer şekilde bir yandan çetelerin suç örgütlerine dönüşmesini önlemekte, diğer yandan da çetelerin resmiyette yüksek suç oranlarına sahip olmasını açıklamaktadır. Sonuç olarak, her ne kadar çeteler ve suçluluk arasında bir bağlantı bulunmaktaysa da gençlerin çete şeklinde bir araya gelmelerinde etkili olan farklı risk faktörleri ve bunları açıklayan suç teorileri, gruba özgü niteliklerle birlikte incelendiğinde gençlerin özel olarak suç işlemek amacıyla çete biçiminde örgütlenmedikleri kanısını güçlendirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Gençlik Çetesi, Genç Suçluluğu, Risk Faktörleri

Abstract: There is not any consensus about structural features and group-specific behavioural patterns of youth gangs. It has discussed whether the members of it should violate any law or commit a crime to designate the group as a gang and the organizational forms of the group are appropriate to consider them as a criminal

* Arş. Gör., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Ana-bilim Dalı, ilkaynadir@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6457-4386, Makalenin Gönderim Tarihi: 12.10.2021, Kabul Tarihi: 12.10.2021

organization. In addition to the aforementioned, the motivations that enable young people to organize as gangs have gained importance in explaining the relationship between delinquency and youth gangs. The young generally form or join a youth gang in order to act urgent and decisive, protect the neighbourhood, spend spare time, and benefit from the material and moral gains of collectiveness. Moreover, the weak organizational structure of the gangs prevents crime to be the primary activity of the group. While the high visibility of the members by law enforcement forces hinders gangs from transforming into criminal organizations, it also explains the high crime rates of the youth gangs. As a result, the different risk factors, the deviance theories and the youth gang characteristics strengthen the opinion that youth gangs have not organized to commit crimes specifically even though there is an undeniable connection between gangs and delinquency.

Keywords: Youth Gangs, Delinquency, Risk Factors

GİRİŞ

Çete üyesi gençlerin, sapıcı veya suç teşkil eden davranışlarda bulunan kişiler; gençlik çetelerinin de bir anlamda suç örgütleri olduğuna dair yaygın bir kanı vardır. Ancak çete üyelerinin günlük aktivitelerini konu edinen çalışmalar incelendiğinde, üye gençlerin genellikle bir araya gelip sorunsuzca vakit geçirdikleri ve çeteleri büyük ölçüde sosyalleşmek, çevre edinmek, belli bir dereceye kadar plan dahilinde kolektif hareket edebilmek için araç olarak kullandıkları görülmektedir. Bununla birlikte, kimi yazarlar tarafından çetelere katılma öncesinde, üyelik süreci ve hatta üyelik sona erdikten sonraki dönem boyunca gençlerin suç işleme olasılığının çeteyle ilişkisi olmayan diğer gençlere oranla daha fazla olduğu belirtilmiştir. Genç suçluluğu ve çete üyeliği arasındaki ilişkiyi açıklamak için farklı suç teorileri ileri sürülmüş; bu kapsamda gruba özgü yapısal özelliklerin, bireysel olarak işlenen suçlarda gündeme gelmeyecek şekilde yüksek suç oranlarına yansıdığı ifade edilmiştir. Türkiye’de gençlik çetelerine pek fazla rastlanmamakta, dahası gençler tarafından iştirak halinde işlenen suçların bilhassa çete üyeliği kapsamında gerçekleştirildiğine dair bir veri de bulunmamaktadır. Bu makalede, özellikle çete olgusunun önemli bir yer teşkil ettiği ABD’de yapılan çalışmalar takip edilerek öncelikle literatürde süregelen kavramsal tartışmaya değinilecek; ardından gençlik çeteleri ile ilişkilendirilen başlıca suç tipleri ele alınacak ve son olarak gençlerin çeteye katılmasında etkili olan risk faktörleri ile bu risk faktörlerini açıklayan suç teorileri arasındaki ilişki irdelenecektir.

A. GENÇLİK ÇETESİ KAVRAMI

Literatürde “gençlik çetesi”nin tanımı konusunda bir görüş birliği bulunmayıp hem “çete”nin oluşumu ve yapısal özellikleri hem de “genç” kavramının hangi yaş grubunu kapsamına aldığı konularında farklı yaklaşımlar mevcuttur.¹ Bu kapsamda, bir grubun çete olarak tanımlanmasında özellikle herhangi bir yasa ihlalinde bulunulması veya suç işlenmesinin, örgütlü bir teşkilatlanmaya veya sembol, kıyafet, amblem gibi ayırt edici unsurlara sahip olunmasının gerekip gerekmediği gibi sorular tartışmalara şekil vermiştir.

Chicago’daki 1313 çeteyi inceleyerek çeteler üzerine ilk defa kapsamlı bir çalışma yapan *Trasher*, 1927’de yayımladığı kitabında öncelikle hiçbir çetenin bir diğerine tıpatıp benzemediğini vurgulamış;² “kendine özgü olanı değil tipik olanı” belirlemeyi hedeflemiş ve çeteleri diğer *kolektif gruplardan* ayıran ortak özellikleri ortaya koymayı amaçlamıştır.³ Ona göre bütün çeteler için tipik olan ilk özellik, onların “spontane ve plansız olarak doğması”dır. Örneğin, bir sendika faaliyeti çerçevesinde işçilerin bir araya gelmesinden farklı olarak bir sokak köşesinde çocukların buluşmasıyla bir çete ortaya çıkabilmektedir. İkinci olarak, çete üyelerinin yüz yüze ilişkiler kurmaları ve birbirlerini yakından tanımaları oldukça belirleyicidir. Dahası çetenin sıkı biçimde örgütlenmesi, üyeler arasındaki dayanışma ve manevi güç birliği, örgüte alışılmadık bir kararlılık sağlayarak dışarıdan gelen tehlikelere cevaben daha büyük tahribatlar yaratabilmesini kolaylaştırmaktadır. Bu esasen çift taraflı bir süreç olduğundan çetenin çatışmaya neden olan düşmanca unsurlarla karşılaşması, üyelerin kendi aralarında daha fazla tartışmasına, plan yapmasına ve ortak hareket edebilmek için çaba sarf etmesine olanak sağlamaktadır. Böylece söz konusu çatışma ve tehlike hâlleri, birliklerini ve maneviyatlarını sürekli olarak güçlendirmektedir. Çetenin deneyimleri arttıkça kolektif davranış biçimleri

¹ Çete kavramını tanımlamada kullanılan tekniklerin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Richard A. Ball/G. David Curry, “The Logic Of Definition In Criminology: Purposes And Methods For Defining “Gangs”, *Criminology*, 1995, C. 33, S. 2, s. 225 vd.

² Aynı yöndeki görüş için bkz. James C. Howell/John P. Moore/Arlen Jr. Egley, The changing boundaries of youth gangs, *Gangs in America III* içinde (Ed.: C. R. Huff), SAGE Publications, Thousand Oaks 2002, s. 3 vd.

³ Frederic Milton Thrasher, *The Gang: A study of 1,313 Gangs in Chicago*, The University of Chicago Press, Chicago 2013, s. 45, 46.

ve ortak amaçları “müşterek bir gelenek oluşturmalarına” ve deneyimlerin “miras olarak bırakılmasına” yol açmaktadır. Son olarak, Thrasher’a göre çeteler belli bir coğrafi alana bağlılık taşımaktadır.⁴

Klein ve Maxson’a göre 1950’ler ve 1960’lardaki gençlik çetesi tanımları liberal, sosyal reform varsayımlarına dayanırken; 1970’ler ve 1980’lerdeki tanımlar daha açıklayıcıdır. Bu tanımlar, çetelerle ilgili şiddet içeren ve suç niteliği taşıyan davranışsal özellikleri vurgulamaktadır.⁵ *Klein* 1971’de çeteleri, yaşadıkları bölgede genellikle diğer kişilerden ayrı bir topluluk olarak algılanan; çoğunlukla özgü bir isim kullanmak suretiyle kendilerini de bir grup olarak tanımlayan ve koluluk kuvvetlerinden ve/veya mahalle sakinlerinden olumsuz dönütler alacak şekilde belli sayıda suç olayına karışmış gruplar olarak tanımlamıştır.⁶ Ancak bu yaklaşım eleştirilmiş; yazarın sosyolojik açıdan aynı olmayan grupları tek bir başlık altında sınıflandırmasının çeteleri diğer kolektif davranış biçimlerinden ayırt etmeyi zorlaştırdığı ve gruba özgü kriterlerin kaybolmasına neden olduğu ileri sürülmüştür.⁷ *Bursik ve Gramsmick*, benzer şekilde, *Klein* tarafından ileri sürülen ilk iki kriterin kolaylıkla mafya gibi diğer sosyal gruplar tarafından da sağlanabileceğini belirtmişlerdir.⁸

Miller, 1993 yılında gençlik çetesini, üç veya daha fazla gencin iş birliği ve/veya manevi desteğiyle mükerrer biçimde yasa dışı faaliyetlerde bulunan yasa ihlalcisi gençlik grubu olarak tanımlamış ve genç olarak 10-12 ile 21-22 yaş arası kişilere işaret etmiştir. “Sapkın” veya “suçlu çocuk” kavramları yerine “yasa ihlalcisi” kavramını tercih etmesini, “sapkın” kavramının, çok çeşitli ve heterojen davranış biçimlerini kapsamına alması; “suçlu çocuk” teriminin ise genellikle 16-17 veya daha genç kişilerin ihlalleri için geçerli olmasıyla açıklamıştır.⁹

⁴ Thrasher, s. 46-57.

⁵ Malcolm W. Klein/Cheryl L. Maxson, *Street Gang Violence, Violent Crime, Violent Criminals* içinde (Ed.: Neil Weiner-Marvin E. Wolfgang), SAGE Publications, Newbury Park California 1989, s. 198 vd.

⁶ Malcolm W. Klein, *Street Gangs and Street Workers*, Prentice Hall, Englewood Cliffs 1971, s. 111.

⁷ Martín Sánchez-Jankowski, “Gangs and Social Change”, *Theoretical Criminology*, 2003, C. 7, S. 2, s. 192.

⁸ Esbensen Finn-Aege/L. Thomas Winfree et al., “Youth Gangs and Definitional Issues: When is a Gang a Gang, and Why Does it Matter?”, *Crime & Delinquency*, 2001, C. 47, S. 1, s. 108.

⁹ Walter B. Miller, *Crime by Youth Gangs and Groups in the United States*, Office of

Kornhauser, çeteleri kendiliğinden ortaya çıkan, planlanmamış kolektif davranış biçimleri olarak tanımlayıp gençlerin suç işlemek için çete şeklinde örgütlenmediklerini belirtmiştir.¹⁰ *Soyaslan* da benzer biçimde çetelerin kuruluşlarında suçlu organizasyonlar olmadığını ancak zamanla özellikle üyeler arasında dayanışma duygusunun güçlenmesiyle suçlu organizasyonlara dönüştüğünü ifade etmiştir.¹¹ *Spergel* ise aksine, çeteleri saptamak için kullanılan temel kriterin genellikle yasa dışı faaliyetlere katılım olduğunu belirtmiştir.¹² Yazar, bunun yanı sıra, *suç gruplarını* dağılma eğiliminde, geçici ve daha gevşek şekilde organize olmuş, yasaları ihlal eden insanlar olarak tanımlarken; *çeteleri* daha karmaşık biçimde teşkilatlanmış, özellikle müşterek değerler, çıkar ilişkileri, karşılıklı destek temellerine dayanan, şiddet içerikli muhtelif suçları işleyen, genellikle sembol, renk, işaret gibi ortak değerler ve gelenekler içeren bir fenomen olarak tanımlamıştır.¹³

Dönmezer, çocuklar tarafından kurulan oyun gruplarının giderek daha sabit ve organize bir şekil almasıyla çetelere dönüştüğünü ifade etmektedir. Bu doğrultuda, oyun grubunun zamanla etkisini artırarak çocuklar için “evin” etkilerinin önüne geçtiğini; günlük yaşantılarındaki davranışların, tüm ahlaki yargı ve ideallerinin de bu etkiye göre oluştuğunu; suçluluk teknikleri ve geleneklerin de bu yolla nakledildiğini ve çete şeklinde örgütlenmeyle nihayete vardığını aktarmaktadır.¹⁴

Howel, gençlik çeteleri için yaygın olarak kabul edilen kriterleri, üç veya daha fazla 12 ila 24 yaş arası genç insandan oluşan bir grup bulunması; üyelerin grafiti, kıyafet, söylem, el işaretleri gibi ortak kimlik duygusunu işaret edecek araçları, isimleri, sembolleri paylaşmaları;

¹⁰ Juvenile Justice and Delinquency Prevention, Washington D.C. 1992, s. 18.
Ruth Rosner Kornhauser, *Social Sources Of Delinquency: An Appraisal of Analytic Models*, University of Chicago Press, Chicago 1978, s. 52.

¹¹ Doğan Soyaslan, *Kriminoloji Dersleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1996, s. 133.

¹² Irving A. Spergel, “Youth Gangs: Continuity and Change”, *Crime and Justice*, 1990, C. 12, s. 179.; Shcwind’den aktaran Demirbaş da çetelerin esas olarak suç işlemek amacıyla bir araya geldiğini ve özel bir grup yapısı veya organizasyon gerektirdiğini savunmaktadır. Bkz. Timur Demirbaş, *Kriminoloji*, Seçkin Yayıncılık, B. 6, Ankara 2016, s. 344.

¹³ Spergel, s. 181.

¹⁴ Sulhi Dönmezer, *Kriminoloji*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, B.6, İstanbul 1981, s. 263, 264.

grubun bir süreklilik göstermesi, belli bir dereceye kadar örgütlenme ve diğer insanların algısına göre sokakta bir ağırlıklarının bulunması; normalin üstünde cezai faaliyetlerde bulunmaları olarak saptamıştır.¹⁵

Tüm bu objektif unsurlar içeren kriterlerin yanında, çete üyeliği belirlenirken kişilerin kendilerinin çeteye dahil olduklarına dair beyanların (öz tayin) esas alınıp alınamayacağı da ayrıca bir tartışma konusu oluşturmaktadır.¹⁶ *Esbensen ve arkadaşları*, çete araştırmalarının, çetelerin eylemlerine dair adli makamlarca yapılan işlemlerin bir şekilde kişilerin beyanlarına dayandığını, akademik çalışmalar ve adalet sistemi nezdinde bu beyanın kişinin üye olarak kabul edilmesi için genellikle yeterli bulunduğunu belirtmiştir. 2001 yılında ortaya koydukları araştırmada, “Hiç bir çetenin üyesi oldunuz mu?” şeklinde sorulan basit ve çete kavramını öz tayin haricinde herhangi başka bir kriterle sınırlandırmamış soruların, eski ve mevcut üyeler kadar çete üyesi olmayan gençler tarafından da aynı anlama gelecek şekilde anlaşıldığı saptanmıştır.¹⁷ Bu doğrultuda, öz tayin tekniğinin, çete üyesi gençleri çete üyesi olmayan gençlerden ayırmada güçlü bir teknik olduğu ileri sürülmüştür.¹⁸ Benzer olarak, daha yakın zamanda 2014 yılında yapılan bir alan araştırmasında çete üyesi olmayan kişiler ve çete üyeleriyle; mevcut çete üyeleri ve eski üyeler arasında ayırım yapmak için öz tayin metodunun çete üyeliğini saptamada geçerli bir ölçüt olduğuna dair görüş tekrarlanmıştır.¹⁹

Flannery ve çalışma arkadaşları, çetelerin resmî örgütsel bir yapıya sahip olmaları nedeniyle çete içerisinde bir grup lideri veya en azından liderlik hiyerarşisi bulunduğunu, çetenin çoğunlukla belli bir coğrafi alan özelinde tanımlandığını, grup üyelerinin birbirleriyle devamlı iletişim halinde kaldıklarını, üyelerin çeşitli yasaları ihlal ettiklerini ve suç işlediklerini belirtmiş; son kriterin ise diğer genç gruplardan çeteleri ayırt eden unsur olduğunu vurgulamışlardır. Dahası, çete üye-

¹⁵ James C. Howell, “Menacing or Mimicking? Realities of Youth Gangs”, *Juvenile and Family Court Journal*, 2007, C.58, S.2, s. 50.

¹⁶ Asıl kavram olan “self nomination” bu makalede “öz tayin” olarak çevrilmiştir.

¹⁷ Esbensen et al., s. 123.

¹⁸ Esbensen et al., s. 124.

¹⁹ Scoot H. Decker/David C. Pyrooz et al., “Validating Self-Nomination in Gang Research: Assessing Differences in Gang Embeddedness Across Non-Current, and Former Gang Members”, *Journal of Quantitative Criminology*, 2014, C. 30, s. 87 vd.

lerinin genellikle 14 ila 24 yaş aralığında olduğunu ve 17 yaş döneminin çete üyeliğinde zirveye ulaştığını öne sürmüşlerdir.²⁰

B. GENÇLİK ÇETELERİ ve SUÇLULUK

Gençlik çeteleri ve suç oranları arasındaki bağlantıyı inceleyen çalışmalarda üç temel yaklaşım olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki olan *seçilim modeline* göre, çete üyeleri arasındaki yüksek suç oranı, bir çeteye katılmanın etkisiyle değil, daha çok çetelerin halihazırda suç işleyen gençleri kendisine çekmesinden kaynaklanmaktadır. *Kolaylaştırma modeline* göre ise ilk modelin ortaya koyduğu tezin aksine çeteye katılmadan önce bu yönde herhangi bir geçmişi olmayan gençlerin sapıcı davranışlarda bulunmasını kolaylaştıran husus, çeteye katılım süreci ve bundan sonrasıdır. Son olarak, *pekiştirme modeli* bu iki görüşü kabaca birleştirerek çeteye katılan gençlerin diğer gençlere göre zaten suçla olan bağlantılarının daha yüksek düzeyde olduğu ve çeteye katılmanın bu davranışları şiddetlendirdiği tezi etrafında şekillenmektedir.²¹ *Thornberry ve çalışma arkadaşları* bu üçlü ayrımı ortaya attıktan sonra, kendi çalışmalarında kolaylaştırma modelini savunmuş; çete üyesi kişilerin çete içinde aktif oldukları süre içinde suç işlediklerini ancak çeteyi terk ettikten sonra suç işleme oranlarının düştüğünü söylemiştir.²² Benzer biçimde, *Hill ve çalışma arkadaşları*, *Esbensen ve Huzinga* gibi araştırmacılar ortalama şiddet seviyesinin aktif çete üyeliği süresince arttığını belirtmişlerdir.²³

Gençlik çeteleriyle ilgili literatürde üzerinde fikir birliği olan bir tanım olmaması bir yana; görüldüğü üzere suç işlenip işlenmemesi veya şiddet içerikli eylemlerde bulunup bulunulmamasına ilişkin kriterin

²⁰ Daniel J. Flannery et. al., *Youth Gangs: A Developmental Perspective, Delinquent Violent Youth: Theory and Interventions* (Ed. Thomas P. Gullotta/Gerald R. Adams et al.), SAGE Publications, Thousand Oaks California 1998, s. 176.

²¹ Uberto Gatti/Richard E. Tremblay et. al., "Youth gangs, delinquency and drug use: a test of the selection, facilitation, and enhancement hypotheses", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2005, C. 46, S. 11, s. 1178.

²² Terence P. Thornberry/Marvin D. Krohn et. al., "The Role of Juvenile Gangs in Facilitating Delinquent Behavior", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1993, C. 30, S. 1, s. 80 vd.

²³ Terence P. Thornberry, *Membership in Youth Gangs and Involvement in Serious and Violent Offending, Serious & Violent Juvenile Offenders: Risk factors and successful interventions* içinde (Ed. Rolf Loeber/David P. Farrington), SAGE Publications, Newbury Park 1998, s 160 vd.

gençlik çetelerini diğer kolektif gruplardan ayırt etmede önem taşıyıp taşımadığı yönünde de tartışmalar mevcuttur. *Thrasher*, 1927’de mevcut çalışmaların çetelerin bir suç “nedeni” olduğunu destekler nitelikte olmadığını; çetelerin suçun işlenmesini kolaylaştırmaya katkıda bulunan, yayılmasını hızlandıran ve kapsamını büyük ölçüde genişleten bir faktör olduğunu söylemenin daha doğru olacağını ileri sürmüştür.²⁴ *Yablonsky* ise aksine, 1963’te sert bir biçimde şiddetin, çetelerin merkezinde bulunduğunu, vahşetin ve barbarlığın çeteye içkin kavramlar olduğunu savunmuştur.²⁵ Aynı tarihlerde *Short ve Strodtbeck*, şiddet içerikli eylemlerin gençlik çetelerinde ciddi sonuçlara yol açmadığını ifade etmişlerdir.²⁶ *Miller ve Klein*, 1950 ve 1960’larda çetelerin özellikle şiddet eğilimli gruplar olmadıklarını belirtirken; 1970 ve 1980’lere gelindiğinde durumun farklı olduğunu; hatta “modern çetelerin saldırı içerikli faaliyetlerinin sonuçlarının, önceki dönemlerden belirgin şekilde daha ölümcül olduğu” kanısına varmışlardır.²⁷ *Thornberry*, 1998’de yayımladığı Amerika’da üç farklı eyaleti kapsayan araştırmasında, resmî makamlara bildirilen genç suçluluğu hacmine çete üyesi gençlerin katkısı değerlendirildiğinde, çete üyelerinin her tür suç tipinin işlenmesinde belirgin oranda rol aldığını ortaya koymuştur. Araştırmaya göre örneğin; çete üyeleri, Seattle’da işlenen tüm soygunların %85’ini, tüm uyuşturucu satışı olaylarının Denver’de %87’si, Rochester’da %70’ini işlemişlerdir.²⁸

Çete üyelerinin daha fazla suç işlediği tezine ilişkin temel çalışmalarda da farklı araştırmacılara ergenliklerinin bir döneminde çete üyesi olduklarını söyleyen kişilerin, diğer gençlere göre daha yüksek oranda suç işledikleri ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avrupa gibi çeşitli yerlerde yapılan çalışmalarda da aynı bulgulara ulaşıldığı; dahası araştırma, çete üyesi gençler ile çete üyesi olmayan gençler arasında yapıldığında da paralel sonuçlar elde edildiği ifade edilmiştir.²⁹

²⁴ Thrasher, s. 264, 265.

²⁵ Lewis Yablonsky, *The Violent Gang*, The Macmillan Company, New York 1963, s. 4-6.

²⁶ Walter B. Miller, “Violent Crimes in City Gangs”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1966, C. 346, S. 1, s. 98.

²⁷ Spergel, s. 188, 189.

²⁸ Thornberry, *Membership in Youth Gangs and Involvement in Serious and Violent Offending, Serious & Violent Juvenile Offenders*, s. 159.

²⁹ Konu ile ilgili çalışmaların değerlendirilmesi için bkz. Malcolm W. Klein/Cheryl L. Maxson, *Street Gang Patterns and Policies*, Oxford University Press, 2010, s. 72 vd.

Klein ve Maxson, çete şiddetine ilişkin artış gösteren istatistiki verilerin, çetelerin daha fazla şiddete neden olduğu anlamına gelmeyebileceğini; söz konusu istatistiklerin esasında çete ve çete üyesi sayısındaki artışı, toplumun giderek daha şiddet eğilimli bir hale gelmesini veya daha gelişmiş bir istihbarat ağı ile kolluk kuvvetlerini ve dolayısıyla resmî makamların suça dair daha fazla veri elde ettiğini yansıttığını iddia etmişlerdir.³⁰

Dahası, *Esbensen ve Tusinski*, 1980 ve 2006 Mayıs arasında *Newsweek*, *Time* ve *U.S. News and World Report* haftalık gazetelerindeki “çete” ile ilintili tüm haberleri inceleyerek yaptıkları araştırmada, çete şiddeti konusunda medyanın abartılı bir temsil yaptığı kanısına varmışlardır. Onlara göre, bir çete üyesinin günlük yaşantısı aynı topluluktaki diğer insanların yaşantısına benzer olmasına rağmen medya, şiddet olaylarını abartmakta ve gençlik çetelerine ilişkin yaptığı haberlerde çete üyesi gençler ve söz konusu çete şiddetine ilişkin gerçekliği neredeyse tümüyle yanlış şekilde yansıtmaktadır. Dahası, çetelerin şiddet içerikli eylemlerde bulduklarına dair bir şüphe olmamasına karşın şiddetin, çete deneyimini harekete geçiren esas olgu olduğunu temellendiren bir araştırma olmadığı ve şiddetin günlük bir olay olduğu belirtilmiştir.³¹

Dönmezer, çete üyeleri arasındaki antisosyal dayanışmanın suçluluk üzerindeki etkisini açıklarken gençlerin öncelikle heyecan duymak için küçük suçlar işlediklerini, gruba bağlılık bilincinin de etkisiyle bu suçlar cezasız kaldıkça daha ciddi suçlar için grup üyelerinin cesaretlendiğini ifade etmektedir. Ona göre, çetelere katılan yeni üyelere çete içinde yaygın suçlar öğretilmekte; bu suçlar devamlılık gösterdikçe de çete için meslek haline gelmektedir. Dahası, suçun iştirak halinde işlenmesi üyelerde sübjektif sorumluluk duygusunu hafifletmekte, üyeler arasındaki iş birliği adeta bu duyguyu üyelere paylaştırmakta ve çeteye hâkim olan sorumsuzluk hissi suç işlenmesini kolaylaştırmaktadır.³²

Her ne kadar gençlik çeteleri ve suçluluk arasında bir ilişki olsa da gençlik çetelerinin özellikle suç işlemek için bir araya gelen suç örgüt-

³⁰ Spergel, s. 191.

³¹ Finn-Aage Esbensen/Karin E. Tusinski, “Youth Gangs in the Print Media”, *Journal of Criminal Justice and Popular Culture*, 2007, C. 14, S. 1, s. 34.

³² Dönmezer, s. 266.

leri olmadığı, ileride değinileceği üzere suç işlemekten farklı motivasyonlarla oluştukları, suçun ancak gençlik çetelerinin oluşumunun bir sonucu olarak incelenmesi gerektiği belirtilmelidir. Dahası, çete kapsamında işlenen suçlar genellikle önceden yaşanmış birtakım olaylar sebebiyle intikam alma, bağlı buldukları bölgeyi diğerlerine karşı koruma ve işaretleme, üstünlük ve sahiplik belirtme gibi amaçlarla işlenmektedir.³³ Bu noktada, “çoğu çete aktivitesinin kriminal olmadığı ve çete üyeleri tarafından gerçekleştirilen kriminal davranışlarının da ciddi olmadığı” da vurgulanmalıdır.³⁴ Son olarak, çete üyelerinin tekil olarak suçlara karıştıkları ve çetenin kendisinin bu suçlarla bir bağı olmayabileceği de dikkate alınmalıdır.

C. GENÇLİK ÇETELERİ İLE İLİŞKİLENDİRİLEN SUÇLAR

1. GENEL OLARAK

Gençlik çeteleri ile genellikle uyuşturucu ticareti, cinayet, hırsızlık, soygun, saldırı gibi eylemler ilişkilendirilmektedir.³⁵ Bunlardan uyuşturucu ticareti ve cinayet, istatistiki önemi sebebiyle özel olarak irdelenmeden önce çete üyesi gençlerle ilgili madalyonun diğer yüzüne değinmekte fayda vardır. Her ne kadar sosyolog ve kriminologlar gençlik çeteleri ile ilgili yaptıkları araştırmalarda genellikle gençlik çetesi üyeleri tarafından işlenen suçlara ve onların fail kimliklerine yoğunlaşsalar da bu gençlerin birçok suç tipinin mağduru olduğu göz ardı edilmektedir. Bu doğrultuda, *Taylor ve çalışma arkadaşları*, araştırmalarında özellikle *günlük rutinleri ve yaşam biçimleri* dikkate alındığında -örneğin çete üyesi olmayan gençlere göre daha fazla suç işlemeleri sebebiyle sapıcı davranışlarda bulunan kişilerle daha fazla bir arada bulunmaktadır- çete üyelerinin çete üyesi olmayan gençlere göre daha yüksek oranda “bir suçun mağduru olma riskini” taşıdıklarını ileri sürmüşlerdir.³⁶

³³ Scott H. Decker/David C. Pyrooz, *Street Gangs, Terrorists, Drug Smugglers, and Organized Crime. The Handbook of Gangs* içinde (Ed. Scott H. Decker/David C. Pyrooz), Wiley Blackwell, Chichester West Sussex 2015, s. 304.

³⁴ Miller, *Crime by Youth Gangs and Groups in the United States*, s. 107, 108.

³⁵ <https://ojjdp.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh176/files/jjbulletin/9808/youth.html> (E.t.: 18.03.2021); <https://nationalgangcenter.ojp.gov/legislation/penalties> (E.t.: 18.03.2021)

³⁶ Terence J. Taylor/Adrienne Freng/Finn Aege Esbensen et al., “Youth Gang Membership and Serious Violent Victimization: The Importance of Lifestyles and

2. UYUŞTURUCU MADDE SATIŞI

Gençlik çeteleri ile en çok ilişkilendirilen suç, uyuşturucu satışıyla ilgili olmuştur. Dahası *Skolnick ve çalışma arkadaşları*, bazı çetelerin özellikle uyuşturucu satmak için örgütlendiklerini ileri sürmüşlerdir.³⁷ Ancak belirtmek gerekir ki ilk kapsamlı gençlik çetesi araştırmasını yapan *Thrasher, 1927'* de gençlik çeteleri ile bağlantılı suçlar arasında hırsızlık, soygun, çalıntı malların dolaşımı gibi suçları sayarken uyuşturucu madde satışıyla ilgili bir bilgiye yer vermemiştir.³⁸

Gençlik çeteleri ve uyuşturucu arasındaki bağıntı araştırılırken araştırmacılar özellikle çetelerin yapısal özellikleri üzerinde durmaktadır. Bu kapsamda, *Skolnick*, çetelerin bir özelliği olarak *organize bir örgütlülük biçimini* göstermiş ve bunun farklı biçimlerde ortaya çıkabileceğini öne sürmüştür: Örneğin, kültürel çetelerin başlangıçta komşuluk değerlerini, sadakati ve eşitliği temel alarak yatay olarak örgütlendiğini vurgularken, Kuzey Kaliforniya çetelerinin çete içindeki rol ve performansa göre dikey olarak örgütlendiğini ve hiyerarşik bir yapıları olduğunu belirtmiştir.³⁹ Ancak tam aksine, *Howell*, araştırmaların çetelerin sanılandan daha az örgütlü bir yapıya sahip olduğunu gösterdiğini vurgulamıştır. Ona göre bir gruba “çete” etiketinin yapılandırılması, çoğu sokak çetesinin yeterliliğini ve ehliyetini aşan yüksek düzeyde bir yapı ve organizasyon *imajı* yaratmakta ve bu imaj, çetelerin suçlulukla ilişkisini kurmada yanlış yönlendirmeye neden olmaktadır.⁴⁰

Los Angeles County Bölge Savcısı *Reiner*, 1992 yılında yayımladığı bir raporda, dağınık ve gevşek yapıları nedeniyle geleneksel sokak çetelerinin uyuşturucu satış ve dağıtımını veya diğer ticari faaliyetler için uygun gruplar olmadığına; zayıf bir örgütlü yapıya sahip olduklarına işaret etmiştir. Rapora göre, bu nedenlerden ötürü, uyuşturucu ticaretine ciddi bir kariyer olarak başlayanlar çete faaliyetlerini azaltmakta

³⁷ Routine Activities”, *Journal of Interpersonal Violence*, 2008, C. 23, S. 10, s. 1456 vd.
Jerome H. Skolnick/Theodore Correl/Elizabeth Navarro et. al., *The Social Structure of Street Drug Dealing, From Drugs, Crime, and Justice: Contemporary Perspectives içinde* (Ed. Larry K. Gaines-Peter B. Kraska), Waveland Press, United States of America 1997.

³⁸ Thrasher, s. 283.

³⁹ Jerome H. Skolnick, *Gang Organization And Migration: Drugs, Gangs, And Law Enforcement*, California Department of Justice, 1990, s. 2.

⁴⁰ Howell, *Menacing or Mimicking?*, s. 41.

veya ilerleyen dönemlerde üyesi oldukları çeteyi tamamen terk etmektedirler.⁴¹ Fagan da 1989'da uyuşturucu kullanım ve satışının gözlemlendiği çetelerin, genellikle çok daha sıkı örgütlenmiş çeteler olduğunu ileri sürmüştür.⁴²

Benzer şekilde Klein, çeteleri gevşek biçimde bir araya gelmiş ve genellikle kalıcı uyum ve örgütlenmeden yoksun gruplar olarak tanımlamaktadır.⁴³ Bununla birlikte, Hagedorn, Maxson, Fagan, Cunningham gibi tanınmış çete araştırmacıları da birçok genç çete üyesinin faaliyetleri organize etmede, fikir birliği üretmede ve kârı grup düzeyinde kontrol etmede yaşadıkları zorlukları vurgulayarak çetelerle ilişkilendirilen uyuşturucu satışlarını tamamen farklı bir şekilde açıklamaktadırlar: Bu görüşe göre çeteler, dağınık, çoğunlukla bireysel gayeleri için uyuşturucu satan, çıkarıcı ve kendisiyle ilgilenen üyelerden oluşmaktadır.⁴⁴

Decker ve Winkle, araştırmalarında çeteye katılım sürecinin genellikle arkadaşlık ve yakınlık ilişkisi kurma amaçlarını yansıttığını, para kazanmaya yönelik saiklerin ise çeteye katılımın ana sebeplerinden olmadığını ortaya koymuşlardır. Dahası çeteler, onlara göre kendileri veya diğer üyelerin güvenliklerine yönelik tehditlerle bölgelerini veya itibarlarını korumaya yönelik kaygılar dolayısıyla birleşen genç erkek ve kadınlardan oluşmaktadır. Dolayısıyla, örgütsel olarak zayıf bir biçimde bir araya gelmiş olan çetelerin araçsal kaygıları genellikle yalnızca kıyafet ve partiler için para elde etme gibi daha anlık haz arayışlarıyla ilgilidir.⁴⁵

Çeteler ve organize suç örgütleri arasındaki ilişkiyi ortaya koymaya çalışan Decker ve Pyrooz, çete üyelerinin uyuşturucu satışı, soygun, araba hırsızlığı, cinayet gibi farklı suçlar işleyebildiklerini ancak çoğunlukla tek bir suç tipinde uzmanlaşmadıklarını ifade etmiştir. So-

⁴¹ Ira Reiner, *Gangs, crime and violence in Los Angeles: findings and proposals*, Office of the District Attorney, County of Los Angeles 1992, s. 97.

⁴² Jeffrey Fagan, "The Social Organization Of Drug Use And Drug Dealing Among Urban Gangs", *Criminology*, 1989, C. 27, S.4, s. 660.

⁴³ Scott H. Decker/Barrick Van Winkle, "'Slinging Dope': The Role Of Gangs And Gang Members In Drug Sales", *Justice Quarterly*, 1994, C. 11, S. 4, s. 584.

⁴⁴ Scott H. Decker, *The Impact of Organizational Features of Gang Activities and Relationships, The Eurogang Paradox: Street Gangs and Youth Groups in the U.S. and Europe* içinde (Ed. Malcolm W. Klein/Hans-Jürgen Kerner et al.), Kluwer Academic Publishers, 2001, s. 22.

⁴⁵ Decker/Winkle, s. 594-595, 601, 602.

kaktaki görünürlüklerinin yüksek olması dolayısıyla başta emniyet güçleri olmak üzere dışarıya karşı kimliklerinin gizli kalamaması ve hatta polisin elinde üyelerin isim listelerinin bulunması; çete üyelerinin diğer üyeler üzerinde disiplin ve denetim yetkisinin genellikle bulunmaması nedeniyle kolay kontrol edilememeleri gibi sebeplerle çetelerin, organize suç örgütleri için iyi suç ortakları olamayacaklarını belirtmişlerdir.⁴⁶ *Demirbaş* da çete suçluluğunun sabıkalılık ve kontrol makamlarınca tanınırlık dolayısıyla bireysel suçluluğa göre daha görünür olduğunu ifade etmiştir.⁴⁷ Sonuç olarak, gençlik çetelerinin hem organize suç örgütleriyle uyuşturucu ticaretinde suç ortaklığında bulunma hem de tek başlarına organize suç örgütü düzeyinde uyuşturucu ticareti yapma kapasitelerinin olamayacağı sonucuna ulaşılabilir.

Bununla birlikte, 1985'lerde başlayan taş kokain salgını döneminde (*crack cocaine epidemic*) uyuşturucu ticaretine genç ve yetişkin çetelerin katkısını, genç ve yetişkin çete üyelerinin çete üyesi olmayan gençlere göre daha yüksek oranda uyuşturucu kullandığını gösteren bazı çalışmalar da bulunmaktadır.⁴⁸ *Fagan*, 1980'lerde gençlik çetelerinin uyuşturucu ticaretine olan katkısını 1980'lerde kokain pazarında fiyatların çarpıcı şekilde düşmesi ve Amerika toplumundaki sosyoekonomik değişimlerle açıklamaktadır. Buna göre imalat sektöründe iş olanakları azalırken, teknoloji ve hizmet endüstrilerinin gelişimiyle bu alanlarda yeni iş olanakları oluşmuştur. Ancak bu iş olanakları banliyölerde olduğundan şehrin iç kesimlerinde yüksek işsizlik oranları oluşmuş; uyuşturucu ticareti ise işsiz kesim için bir iş olanağı haline gelmiş ve taş kokainin artan popülaritesi, gençlere yeni para kazanma fırsatları yaratmıştır.⁴⁹

Esbensen ve çalışma arkadaşları, çete üyesi gençlerin çete üyesi olmayan gençlere göre daha yüksek oranda yasadışı aktivitelere karıştıkları ve benzer şekilde çete üyesi gençlerin orantısız şekilde uyuşturucu kullanımı ve satışına dahil olduklarını vurgulamıştır. 1995 yılında yaptıkları çalışma sonucunda çete üyeliği ve uyuşturucu arasındaki ilişkiyi en iyi açıklayan modelin pekiştirme modeli olduğu sonucuna varmışlardır. Buna göre, uyuşturucu kullanımı, satışı ve bununla bağ-

⁴⁶ Decker/Pyrooz, s. 304, 305.

⁴⁷ Demirbaş, s. 345.

⁴⁸ James C. Howell/Scott H. Decker, *The Youth Gangs, Drugs and Violence Connection*, U.S. Department of Justice, 1999, s. 2.

⁴⁹ Howell/Decker, s. 2, 3.

lantılı şiddet içerikli eylemler çeteye katılımın ilk senesinde artmakta ancak çeteye katılım, her durumda uyuşturucu kullanımı veya satışı ile sonuçlanacağı anlamına gelmemektedir.⁵⁰

Howel, çetelerin ülkesel düzeyde uyuşturucu satışı yaptığını ve buradan çeteye önemli ölçüde para sağladığına ilişkin mitin *Felson* tarafından ortaya atılan “*Büyük Çete Teorisi*”nden (*Big Gang Theory*) kaynaklandığını belirtmektedir.⁵¹ *Felson*'a göre çeteler, düşmanlarına ve diğer tehdit unsurlarına karşı korunma amacıyla kendileriyle ilgili efsaneler yaratmakta ve normalde olduklarından daha tehditkâr bir yapıları olduğuna dair imaj yaymaktadır. Örneğin çok daha büyük ve tehlikeli bir örgütün ismini kullanarak veya onlara özgü sembolleri, yazıları, renkleri taklit ederek yaydıkları bu yanlış imaj, medyanın da katkısıyla sürmekte ve büyümektedir.⁵² Çetelerle uyuşturucu arasındaki ilişkiyi de bu teoriye göre açıklayan *Howel*, çete üyeleri tarafından yayılan bu mitin kriminologlar tarafından da 1980 ve 1990'larda yükselen uyuşturucu bağlantılı cinayet ve ateşli silah kullanımı bağlantısını açıklamak için kullanıldığını ileri sürmüştür. Ona göre gerçekte ise, üyeler bireysel olarak uyuşturucu kullanımına ve satışına dahil olsalar da çete düzeyinde çok nadiren uyuşturucu ticaretinde denetim ve kontrol imkanına sahiptir.⁵³

3. CİNAYET

Gençlik çeteleriyle ilişkilendirilen bir diğer suç grubu da yaşama hakkı ve vücut dokunulmazlığına karşı işlenen suçlar olup bu kapsamda cinayetler ve gençlik çeteleri ile ilintili pek çok çalışma yapılmıştır. 1982 yılında çete bağlantılı öldürme fiilleriyle ilgili ilk defa kapsamlı bir inceleme yapan *Miller*, öncelikle çete cinayetleriyle ilgili istatistik toplamının, bir cinayetin çeteye bağlantılı olduğunu ortaya koyan kriterin belirlenmesinin problemlili olması nedeniyle zor olduğunu belirtmiştir.⁵⁴ Gerçekten de özellikle çete üyeleri tarafından iştirak halinde gerçekleştirilmeyen fiiller, hangi kriterler sağlandığında çetelerle ilişkilendirilecektir?

⁵⁰ Finn Aegge Esbensen/Dana Peterson et. al., *Initiation of Drug Use, Drug Sales, and Violent Offending Among a Sample of Gang and Nongang Youth, Gangs in America içinde* (Ed. C. R. Huff), SAGE Publications, Thousand Oaks 2002, s. 49.

⁵¹ Howell, *Menacing or Mimicking?*, s. 41, 42.

⁵² Howell, *Menacing or Mimicking?*, s. 39, 40.

⁵³ Howell, *Menacing or Mimicking?*, s. 42.

⁵⁴ Miller, *Crime by Youth Gangs and Groups in the United States*, s. 82.

Herhangi bir çete üyesinin fail veya mağdur olarak karıştığı cinayetin çete cinayeti olduğunu savunanlar karşısında 1982 yılında yayımlanan araştırmada, örneğin Chicago polisin yalnızca iki veya daha fazla çetenin karşılaştığı çete kavgası sırasında meydana gelen ölüm olaylarını çete cinayeti olarak değerlendirdiği ifade edilmiştir. Bu tanıma göre bir çete üyesinin rakip çetenin üyeleri tarafından yoldan geçen bir araba içinden misilleme amaçlı öldürülmesinin çete cinayeti sayılmayacağı dikkate alınmalıdır. Daha uç bir örnek olan Los Angeles polisi ise bir çete üyesinin karıştığı herhangi bir öldürme olayını çete cinayeti saymaktadır.⁵⁵ 1967 ile 1980 arasındaki verileri inceleyen *Miller*, çete cinayetlerindeki artışın bir kısmının gelişmiş raporlama ve kayıt prosedürlerinden kaynaklanmış olabileceğine işaret etmiştir. Ancak ona göre, bunun yanında çete cinayetlerinin sayı ve oranlarında gerçekten de artışlar bulunmaktaydı: bu tarihler arasında eldeki verilere göre çete bağlantılı cinayetlerde ABD’de toplam 59 bölgede %236’lık bir artış söz konusuydu.⁵⁶ Bu araştırma yönünden ilginç olan ise, çete cinayetlerinin oransal olarak belli dönemlerde zirve yapmak yerine yıllara göre oldukça eşit şekilde dağılması olmuştur. Bu nedenle de çete şiddetindeki eğilimlerin, değişen ekonomik koşullar, işsizlik oranları veya uyuşturucu kullanma alışkanlıkları gibi ülke çapındaki herhangi bir gelişme temelinde açıklanması zorlaşmaktadır.⁵⁷

Curry ve çalışma arkadaşları, emniyet teşkilatı verilerini kullandıkları ve en büyük 72 ABD yerleşim yerini temel alan çalışmalarında, 1991 yılında 41’i gençlik çetesiyle ilintili toplam 964 cinayet bildirildiğini vurgulamıştır. *Maxson ve çalışma arkadaşları* ise 1991 yılında 800’e yakın yerleşim yerinden topladıkları emniyet verilerine göre bunlardan %40’ının gençlik çetesi ile ilintili cinayet olarak saptamıştır. Sözü edilen çalışmalarda en önemli bulgu, her ne kadar büyük oranda bu cinayetler kentlerde yoğunlaşmış olsa da gençlik çetelerinin artık yalnızca birkaç büyük şehirde değil diğer bölgelerde de cinayet işlediğidir.⁵⁸

⁵⁵ Miller, *Crime by Youth Gangs and Groups in the United States*, s. 82, 83.

⁵⁶ Ayrıntılı istatistik için bkz. Miller, *Crime by Youth Gangs and Groups in the United States*, s. 82, 83.

⁵⁷ Miller, *Crime by Youth Gangs and Groups in the United States*, s. 102.

⁵⁸ Ayrıntı için bkz. James C. Howell, “Youth Gang Homicides: A Literature Review”, *Crime & Delinquency*, 1999, C. 45, S. 2, s. 208 vd.

Farklı olarak, 1990'ların başından ortasına kadar ise, ABD'de 400'den fazla yerleşim yerinde rapor edilen toplam çete cinayeti sayısı %15 azalmıştır. Ancak bu yüzde 15'lik düşüş, 1991'den 1996'ya kadar ülke çapındaki cinayet düşüşünün yüzde 29,7'sini tek bir şehir -Los Angeles- oluşturmuştur. Üstelik, bu dönemde çete cinayetlerinin azaldığı şehirlerin sayısının cinayetlerin arttığı şehir sayısı ile dengelendiği göz önüne alındığında düşüş, çok olumlu bir sonuç olarak görülmektedir. Dolayısıyla *David ve çalışma arkadaşlarına* göre, çete cinayetleri ABD için ciddi bir sorun olarak varlığını korumaktadır.⁵⁹

1996-1998 yılları arasındaki resmî verileri inceleyen *Spergel*, Amerika'da 400'den fazla yerleşim yerinin yarısında gençlik çetesi cinayetlerinde düşüş varken %14 ile 15'lik kısmında değişimin olmadığını %36 ila 38'lik kısımda ise artış olduğunu saptamıştır. *Spergel*, çalışmasında daha yüksek oranda çete üyesi ve çete barındıran yoğun nüfuslu şehirlerde çete cinayetlerinin görece fazla olduğunu vurgulamıştır.⁶⁰

Howell, gençlik çeteleri ile ilintili cinayetlerin genellikle kişisel veya meşru müdafaa biçiminde ortaya çıktığını, parasal veya uyuşturucu kaynaklı olmadıklarını aktarmaktadır. Artan çete cinayetleri oranlarını ise "ateşli silahlara olan kolay ulaşım" açıklamaktadır.⁶¹

Cinayetler özelinde gençlik çetesi üyeleri ve çete üyesi olmayan gençlerle ilgili yapılan karşılaştırmalı çalışmalar da mevcuttur. Buradaki temel sorun çete üyesi olmanın bu tür şiddet içerikli olayları kolaylaştırıp kolaylaştırmadığıdır. Örneğin *Rosenfeld ve çalışma arkadaşları*, çete üyeliğinin iki şekilde şiddet için bir ortam yaratabileceğini savunmaktadır. İlk olarak çete üyesi olmayan gençlere oranla çete üyelerinin, suç bakımından yüksek risk taşıyan bölgelere daha sık gitmeleri veya daha yüksek oranda silah taşımaları gibi durumlar bireysel olarak üyeleri daha riskli durumlara maruz bırakmaktadır. İkinci olarak çete adına başka bir çeteye veya bir kişiye karşı saldırı veya koruma gerektiğinde, çeteler kendileri şiddeti teşvik edebilmektedir.⁶²

⁵⁹ Curry David/Maxson L. Cherly/Howell C. James, Youth Gang Homicides in the 1990's, Responding to Gangs: Evaluation and Research içinde (Ed. Winfred L. Reed- Scott H. Decker), U.S. Department of Justice 2002, s. 1, 2.

⁶⁰ David/Cherly/James, s. 126, 127.

⁶¹ Howell, Youth Gang Homicides: A Literature Review, s. 228.

⁶² Richard Rosenfeld/Timothy M. Bray/Arlen Egle, "Facilitating Violence: A Comparison of Gang-Motivated, Gang-Affiliated, and Nongang Youth

Bu kapsamda örneğin *Miller* 1975'te ABD'nin yaklaşık 65 bölgesinde gençlik çetesi cinayetlerinin gençler tarafından işlenen tüm cinayetlerin yaklaşık yüzde 25'ini oluşturduğunu; *Block* ise 1985'te polis verilerine dayanarak, gençlik çetelerinin, Chicago'da 1965 ve 1981 yılları arasındaki gençler tarafından işlenen cinayetlerin %25'inden sorumlu olduğunu saptamıştır.⁶³

Maxson ve çalışma arkadaşları, gençlik çetesi cinayetleri ile çete üyesi olmayan gençlerin işledikleri cinayetleri karşılaştırırken, gençlik çetesi cinayetlerinin ikinci gruba oranla kamusal alanda daha fazla işlendiklerini, araba ve ateşli silah gibi araçların bu cinayetlerde daha fazla kullanıldığını belirtmektedir.⁶⁴

Cinayetler ve gençlik çeteleri arasındaki ilişki irdelenirken ateşli silah kullanımının polis ve bölge sakinleri bakımından bu cinayetleri daha görünür kılabileceğine; taşıt veya silah gibi araçların kullanılmasının delil elde etme bakımından da kolaylık sağlayabileceğine hem çete üyelerinin hem de kullanılan araçların resmi kayıtlardaki varlığı sebebiyle çete üyesi olmayan gençlere göre bu kişilerin daha hızlı yakalanabileceğine ilişkin olasılıklar da göz önünde tutulmalıdır.

D. RİSK FAKTÖRLERİ

1. TOPLULUK DÜZEYİNDEKİ RİSK FAKTÖRLERİ

Curry ve Spergel, Chicago toplumlarındaki suç ve çete cinayetlerinin dağılımındaki en güçlü nedenlerin kendi deyimleriyle "yeni göçmen grupların yerleşimiyle oluşan sosyal düzensizlik" ve yoksulluk olduğunu belirtmektedir. Bu doğrultuda, onlara göre ekonomik yetersizlik ve bölgeye yeni gelen sosyal gruplar nedeniyle oluşan sosyal düzensizlik, çete oluşumu ve çeteler tarafından işlenen suç oranlarının yükselmesinde önemli faktörlerdendir. Kent sosyal yaşamının belirsizliği karşısında çete, dezavantajlı gençlere belli bir dereceye kadar istikrarlı ekonomik ve sosyal kazanım ve dolayısıyla asgari yaşam standardı sağlayabilmektedir.⁶⁵

Homicides", *Journal of Quantitative Criminology*, 1999, C. 15, S. 4, s. 495, 496.

⁶³ Spergel, s. 189.

⁶⁴ Cheryl L. Maxson/Margaret A. Gordon/Malcolm W. Klein, "Differences Between Gang and Nongang Homicides", *Criminology*, 1985, C.23, S. 2, s.220.

⁶⁵ David Curry/Irving A. Spergel, "Gang Homicide, Delinquency and Community",

Belirtmek gerekir ki işsizlik ve eğitim alma konusunda toplumda var olan eşitsizlik, gençlere aynı kaderi paylaştığı diğerleriyle en azından bir arada olma hissi sunmaktadır. Bu noktada burjuva devlet politikalarının azınlıklar üzerindeki etkisine değinmekte fayda vardır. Ayırıcılık, damgalama ve şovenizm, toplumun önyargıları kullanılarak devlet tarafından körüklendikçe azınlıklar, buldukları toplumda her gün daha fazla sosyal ve politik baskıya uğrarlar. Gençler arasındaki çeteleşme bu politik ve sosyal baskılara karşı bir ihtiyaç olarak doğabilir: Kolluk kuvvetlerine veya diğer tehlikelere karşı kolektif hareket etmek gerektiğinde çete bu hareketliliği sağlama imkânı verir. *Moore'un* bazı durumlarda çete üyesi gençlerin maruz kaldıkları bu damgalama ve ırkçı polis şiddetinin, bölge sakinleri tarafından tepkiyle karşılandığı ve hatta çete üyesi gençlerin polisten saklanması konusunda bölgede dayanışmaya yol açtığı örneği bu argümanı destekler niteliktedir.⁶⁶

Çetelerin, özellikle suç oranlarının yüksek olduğu bölgelerde, diğerleri tarafından şiddete uğrayan gençlerin temel haklarını korumada devletin yetersiz kaldığı durumlarda koruyucu kurumlar olarak oluştuğu da bir başka yaklaşımdır. *Sobel ve Osoba*, tehdit karşısında bir arada durarak potansiyel kurbanların güvenliğini artırmayı amaçlayan çetelerin her ne kadar devletler gibi kurallarını baskı ve şiddet aracılığıyla uygulasalar da sonuçtaki etkilerinin toplam suç miktarını azaltmak olduğunu belirtirler.⁶⁷

Yaşadıkları bölgede kendilerini güvende hissetmeyen gençler de korunma ve güvenlik arayışlarına bir gruba dahil olarak son verebilirler.⁶⁸ Dahası gençlerin yaşadığı mahallede *marihuana* gibi uyuşturucu maddelere ulaşımın kolay olması⁶⁹ endüstrileşmeyle azalan iş olanak-

Criminology, 1988, C.26, S. 3, s. 400, 401.

⁶⁶ Joan W. Moore, "Isolation and Stigmatization in the Development of an Underclass: The Case of Chicano Gangs in East Los Angeles", *Social Problems*, 1985, C.33, S.1, s. 6, 7.

⁶⁷ Russell S. Sobel/Brian J. Osoba, "Youth Gangs as Pseudo-Governments: Implications for Violent Crime", *Southern Economic Journal*, 2009, C. 75, S. 4, s. 997 vd.

⁶⁸ Alan J. Lizotte/James M. Tesoriero/Terence P. Thornberry/Marvin D. Krohn, "Patterns of adolescent firearms ownership and use", *Justice Quarterly*, 1994, C. 11, S.1, s. 71; Terence P. Thornberry/Marvin D. Krohn/Alan J. Lizotte/Carolyn A. Smith et. al., *Gangs and Delinquency in Developmental Perspective*, Cambridge University Press, 2003 s. 81.

⁶⁹ Karl G. Hill/James C. Howell/J. David Hawkins/Sara R. Battin-Pearson, "Childhood Risk Factors For Adolescent Gang Membership: Results From The

ları ve bireysel olarak serbestçe uyuşturucu satmaya elverişli hale gelen kokain endüstrisi⁷⁰ gençler için bir risk faktörü oluşturabilmektedir. Mahalle gençliğinin suça karışma ve gözaltı oranlarının yüksek olması;⁷¹ yaşanan çevrede halihazırda çetelerin bulunması;⁷² ateşli silaha ulaşım ve bunları taşımının kolaylığı⁷³ gençlerin çeteye katılmasına sebep olduğu da diğer araştırma sonuçları arasındadır.

2. AİLESEL RİSK FAKTÖRLERİ

Aile yapısının ve aile bireylerinin gençlerin çeteye katılmasını farklı şekillerde etkilediğine dair çalışmalara bakıldığında, araştırmacıların genellikle yoksul aile yapısını;⁷⁴ çete üyesi veya antisosyal karaktere sahip kardeş mevcudiyetini⁷⁵ çeteye katılım için risk faktörleri olarak saptadığı görülmektedir. Bunların yanı sıra, özellikle yaşı daha küçük olan üyelerin çete içerisinde baba, amca, kuzen gibi yakın akrabaları olduğu görülmekte ve bu nedenle çete üyesi bir veya birden fazla yakın bulunması da sebepler arasında sayılmaktadır.⁷⁶

Ebeveyn çocuk ilişkisinin zayıf olması;⁷⁷ ebeveynin çocuk üzerindeki denetim ve kontrolünün zayıf olması ve çocuğa karşı ilgisizlik⁷⁸ de risk faktörü teşkil etmekte olup birçok gencin bu gibi durumlarda daha sıkı bağ kurdukları çeteyi ve bağlı buldukları çetedeki diğer üyeleri aile bireylerine tercih ettiği de görülebilmektedir.⁷⁹

Seattle Social Development Project", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1990, C. 36, S. 3, s. 313.

⁷⁰ John M. Hagedorn, "Neighborhoods, Markets, and Gang Drug Organization", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1994, C. 31, S. 3, s. 289 vd.

⁷¹ Hill/Howell/Hawkins/Battin-Pearson, s. 313; Lizotte/Tesoriero/Thornberry/Krohn, s. 62.

⁷² David Curry/Irving A. Spergel, "Gang involvement and delinquency among Hispanic and African-American adolescent males", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1992, C.29, S.3, s. 286, 287.

⁷³ Lizotte/Tesoriero/Thornberry/Krohn, s. 71.; Thornberry/Krohn/Lizotte/Smith, s. 61.

⁷⁴ Lizotte/Tesoriero/Thornberry/Krohn, s. 65.; Hill/Howell/Hawkins/Battin-Pearson, s. 313.

⁷⁵ Hill/Howell/Hawkins/Battin-Pearson, s. 314.

⁷⁶ Joan Moore, *Going Down to the Barrio: Homeboys and Homegirls in Change*, Temple University Press, Philadelphia 1991, s. 49 vd.

⁷⁷ Thornberry/Krohn/Lizotte/Smith, s. 65.

⁷⁸ Dawn Delfin McDaniel, "Risk and protective factors associated with gang affiliation among high-risk youth: a public health approach", *Injury Prevention*, 2012, C. 18, S. 4, s. 257.

⁷⁹ Decker/VanWinkle'dan aktaran: Hill/Howell/Hawkins/Battin-Pearson, s. 314.

3. OKULLA İLİŞKİLİ RİSK FAKTÖRLERİ

Düşük akademik başarı ve öğrenme zorlukları;⁸⁰ okuldaki öğretmenler tarafından olumsuz damgalama yapılması⁸¹ gençleri çeteye katılmaya iten sebepler olarak ileri sürülmektedir. Bunlar, gençlerin okulla ve öğretmenlerle olan bağlarının zayıflamasına ve en nihayetinde kendilerine yeni kimlik arayışları içerisine girmelerine neden olabilmektedir. Çete ise gençlere vakitlerinin büyük kısmını kaplayan okulda yaşadıkları zorluk ve olumsuzlukların aksine aidiyet veya işe yarama gibi cazip hisler uyandırabilmektedir.

Dahası, çete üyeliğinin, ebeveynin kendilerinden düşük eğitim beklentisine sahip olduğu durumlarda gençler arasında daha yaygın görüldüğü saptanmıştır. Kız ve erkek öğrenciler arasında karşılaştırmalı yapılan bir çalışmada ise eğitim beklentileri düşük olan kız öğrencilerin çete üyeliği açısından yüksek risk altında buldukları bildirilmiştir.⁸²

4. AKRAN GRUBUYLA İLİŞKİLİ RİSK FAKTÖRLERİ

Akran grubuyla ilgili risk faktörleri çete üyeliğiyle ilgili literatürde en çok incelenen risk faktörlerindedir. Sapıcı davranışlar da sergileyen veya suç işleyen akranlarla bir arada bulunan gençlerin daha yüksek oranda benzer eylemler sergilediklerine yönelik bağ, özellikle sosyal öğrenme kuramıyla desteklenmektedir. *Thornberry*, suçlu çeteleri suçlu akran grubunun bir versiyonu olarak gördüğünden, bu bağlantının şaşırtıcı olmadığını belirtmektedir.⁸³

Bu doğrultuda, gençlerin suç işleyen kimselerle fazla vakit geçirmeleri⁸⁴ veya okulda çete üyesi arkadaşlarının olmasının⁸⁵ çeteye katılma oranlarını artırdığı belirtilmektedir. *Esbensen ve çalışma arkadaşları*,

⁸⁰ Hill/Howell/Hawkins/Battin-Pearson, s. 313.

⁸¹ Finn Aegle Esbensen/David Huizinga/Anne W. Weiher, "Gang and Non-Gang Youth: Differences in Explanatory Factors", *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 1993, C. 9, S. 2, s. 108 vd.

⁸² Bowker/Klein/Schwartz'dan aktaran: Thornberry/Krohn/Lizotte/Smith, s. 59.

⁸³ Thornberry/Krohn/Lizotte/Smith, s. 60.

⁸⁴ Beth Bjerregaard/Carolyn Smith, "Gender differences in gang participation, delinquency, and substance use", *Journal of Quantitative Criminology*, 1993, C. 9, S. 4, s. 346.

⁸⁵ Curry/Spergel, Gang Involvement and Delinquency Among Hispanic and African-American Adolescent Males, s. 282 vd.

gençlik çetesi üyeleri ve çete üyesi olmayan gençler arasında yaptıkları çalışmada ikinci grubun, eğer arkadaşları evde, okulda veya polisle başını belaya sokuyorsa arkadaşlık kurmaya devam edeceklerini söyleme olasılıklarının düşük olduğunu ortaya koymuştur. Çalışmaya göre, çete üyesi gençler bakımından ise arkadaşları kendilerine “yanlış yolda olduklarını söylediğinde” onları dinleme olasılıkları daha düşüktür.⁸⁶

5. BİREYSEL DÜZEYDEKİ RİSK FAKTÖRLERİ

Gençlerin bireysel özellikleri ve yaşam biçimleri de çeteye katılma olasılıklarını etkileyen bir diğer risk faktörü grubudur. Öncelikle, genel olarak önceki suç geçmişinin gençlerin çeteye katılma riskini artırdığı ileri sürülmektedir.⁸⁷ Alkol ve uyuşturucu kullanımı, yasa dışı silah taşıma gibi durumların da etkili olduğu belirtilmektedir.⁸⁸

Çete üyeliği kimi yazarlara göre özellikle çeşitli açılardan psikolojik kazancı amaç edinmektedir.⁸⁹ Bu doğrultuda, aile, okul veya diğer sosyal ortamlardan çeşitli sebeplerle itilen gençler, çete üyesi olmada birtakım yararlar görebilirler. Çete üyeliği gençlere kimlik sahibi olma hissi, asgari sosyal statü ve cezai eylemlerden kazanılan gelir fırsatlarını sağlayabilir.⁹⁰ Öz saygı eksikliği,⁹¹ hiperaktivite, saldırganlık;⁹² zayıf sosyal bağlar ve antisosyal yaşam biçimi⁹³ de literatürde araştırmalara konu olan diğer risk faktörlerindedir.

Bir gencin toplumun genel olarak benimsediği düşünceler ve inançlarla özdeşleşmemesinin çete katılımı için zemin hazırlayabile-

⁸⁶ Esbensen/Huizinga/Weiher, s. 105.

⁸⁷ Esbensen/Huizinga/Weiher, s. 106 vd.

⁸⁸ Thornberry/Krohn/Lizotte/Smith, s. 60.

⁸⁹ Demirbaş, s. 343.

⁹⁰ Curry/Spergel, Gang Homicide, Delinquency and Community, s. 401.

⁹¹ L. Thomas Winfree/Teresa Vigil Bäckström/G. Larry Mays, “Social Learning Theory, Self-Reported Delinquency, and Youth Gangs: A New Twist on a General Theory of Crime and Delinquency”, *Youth & Society*, 1994, C. 26, S. 2, s. 167 vd.

⁹² Wendy M. Craig/Frank Vitaro/Laude Gagnon/Richard E. Tremblay, “The Road to Gang Membership: Characteristics of Male Gang and Nongang Members from Ages 10 to 14”, *Social Development*, 2002, C. 11, S.1, s. 63, 64.

⁹³ Richard L. Dukes- Rubén O. Martinez- Judith A. Stein, “Precursors and Consequences of Membership in Youth Gangs”, *Youth & Society*, 1997, C. 29, S. 2, s. 160 vd.

ceğini öne sürenler de bulunmaktadır.⁹⁴ Bu bakımdan, çevreleri tarafından düşünceleri sebebiyle yalnızlaştırılan, yadsınan veya zorbalığa uğrayan gençler, çete üyeleri tarafından onay görmeyi cazip bulabilmektedirler.

Soyaslan, özellikle grup içerisinde bireysel sorumluluk duygusunun kaybolduğunu bunun yerine “*Birimiz hepimiz, hepimiz birimiz için*” duygusunun geliştiğini belirtmekte; bu durumun gençlerin işine yaradığını ve sorumsuzluk duygusunun onlara kolay geldiğini ifade etmektedir.⁹⁵

E. GENÇLERİN ÇETEYE KATILMA MOTİVASYONLARININ SUÇ TEORİLERİYLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ

1. ALT KÜLTÜR TEORİSİ

Bu teori, suç ve suçluluk olgusunu baskın kültürel değerlere tepki olarak ortaya çıkan alt kültürler ait bir fenomen olarak görmektedir. Alt kültür teorisini inceleyen *Cohen*, çocuk suçluluğunun ve özellikle sapıcı davranışlar gösteren alt kültürün, ezici bir şekilde genç nüfusun erkek, işçi sınıfı sektöründe yoğunlaştığını ileri sürmektedir.⁹⁶ Bu gençler, beceri geliştirme imkânı, uzun vadede belli bir dereceye kadar istikrarlı kazanç gibi orta sınıf değerlere sahip değildir. İçinde buldukları dezavantajlı durum sebebiyle orta sınıf bireylerin “toplumsal statülerine” erişemediklerinden “*bir araya gelip ‘suçlu alt kültürler’ dahil olarak, ulaşamadıkları ‘saygın değerleri’ reddetmenin psikik tatminlerinin yarattığı değerler etrafında birleşirler.*”⁹⁷

2. SOSYAL ÖĞRENME TEORİSİ

Shutlerland’ın ayrırcı birliktelikler teorisini geliştiren *Akers*, norma uygun davranışın, sapıcı veya suç teşkil eden davranışın aynı bilişsel ve davranışsal mekanizmalar aracılığıyla öğrenildiğini ve değiştirildiğini (aynı zamanda edinildiğini, tekrarlandığını, sürdürüldüğünü) vurgu-

⁹⁴ Hohn Hitchcock, “Adolescent gang participation: Psychological perspectives”, *Journal of Police and Criminal Psychology*, 2001, C. 16, S. 2, s. 38. Aynı yöndeki görüş için bkz. *Soyaslan*, s. 133.

⁹⁵ *Soyaslan*, s. 133.

⁹⁶ Albert K. Cohen, *Delinquent Boys*, The Free Press, New York 1967, B. 12, s. 37.

⁹⁷ O. Özgür Güven, “Suçun Sosyolojisi ve Haber Söyleminde Temsili”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, Gaziantep 2018, C.17, S. 1, s. 181.

lamış, sosyal öğrenme sürecinde işleyen değişkenlerin norma uygun veya sapıcı davranıştan hangisiyle sonuçlanacağını belirlediğini ileri sürmüştür.⁹⁸ Ona göre, *kişi suç teşkil eden veya sapıcı davranışta bulunan veya bu davranışları olumlayan kişilerle daha fazla birliktelik içinde olduğunda; içinde bulunduğu maddi şartlarda bu davranışları haklı ve kabul edilebilir gördüğünde; bu davranışları içeren örneklere daha fazla maruz kaldığında; bu davranışa ilişkin kazanımları karşı karşıya kalacağı cezadan daha fazla olduğunda* norma uyan davranışlardan uzaklaşır ve sapıcı davranışlarda bulunma ihtimali artar.⁹⁹

Gençlerin çeteye katılım sürecini ve sebepleri inceleyen çete araştırmalarında destek bulan sosyal öğrenme kuramı, özellikle “evde, okulda veya yaşanan bölgede çete üyesi kişilere maruz kalmanın”¹⁰⁰ veya “suç işleyen kişilerle fazla vakit geçirmenin”¹⁰¹ gençlerin çeteye katılma riskini artıracığına ilişkin sonuçlarla kendine yer bulmuştur. *Winfree ve çalışma arkadaşları*, çete üyeliği ve suç işleme arasındaki ilişkiyi incelemiş; çete üyeliğinde ayırıcı birlikteliklerin suç işleme olasılığına dair doğru orantılı olarak etkili olduğunu saptamışlardır. Dahası, nitelikleri gereği etkileşim gerektiren vandalizm, uyuşturucuya bağlı suçlar ve grupla bağlantılı diğer suçları, sosyal öğrenme değişkenlerinin etkili olduğu suçlar olarak belirlemişlerdir.¹⁰²

Bu noktada çeteye katılmanın başlı başına bir suç teşkil etmeyeceği ve çete üyelerinin bu yolla peşinen kriminalize edilmemesi gerektiği göz önüne alınmalı ancak suç işleyen veya suçu olumlayan aile üyeleri, okul veya mahalle arkadaşlarıyla daha fazla vakit geçirmenin; çevrede taklit edebileceği sapıcı veya suç teşkil eden davranışlar sergileyen ki-

⁹⁸ “Ayrıcı birliktelikler teorisi” Türkçeye Füsun Sokullu Akıncı ve Sulhi Dönmezer tarafından “aykırılıkların birleşmesi” olarak çevrilmiştir. Bkz. Füsun Sokullu Akıncı, *Kriminoloji*, Beta Yayıncılık, B. 14, İstanbul 2020, s. 210 vd.; Dönmezer, s. 443 vd. Bu teoriye göre, kişiler başkalarıyla etkileşim kurarak yasaların ihlalini olumlayan tanımlara yasaların ihlalini olumsuzlayan tanımlardan daha fazla maruz kaldıklarında suç işlerler. Teoriyle ilgili ayrıntı için bkz. Edwin H. Sutherland/Donald R. Cressey, *Criminology*, J.B. Lippincott Company, 1978, s. 80 vd.

⁹⁹ Burada oldukça kısaca değinilen teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ronald L. Akers, *Social Learning and Social Structure: A General Theory of Crime and Deviance*, Transaction Publishers, 2009, s. 47 vd.

¹⁰⁰ Curry/Spergel, *Gang Involvement and Delinquency Among Hispanic and African-American Adolescent Males*, s. 286 vd.

¹⁰¹ Bjerregaard/Smith, s. 346.

¹⁰² L. Thomas Winfree/G. Larry Mays/Teresa Vigil Bäckström, “Youth gangs and incarcerated delinquents: Exploring the ties between gang membership, delinquency, and social learning theory”, *Justice Quarterly*, 1994, C. 11, S. 2, s. 242 vd

şilerin örneğini daha fazla bulmanın; çete arkadaşlarının takdiri, çete içinde itibar, kişisel tatmin veya herhangi bir finansal getiri gibi suç sonrası birtakım maddi veya manevi kazanımlar elde etmenin gençleri çete içerisinde suça iten sebeplerden bazıları olabileceği belirtilmelidir.

3. SOSYAL KONTROL KURAMI

Kontrol teorileri, suç teşkil eden eylemlerin bir bireyin topluma olan bağı zayıfladığında veya koptuğunda ortaya çıktığını varsayar.¹⁰³ Bu teorik perspektife göre çete şiddeti de normal şartlarda bireyleri kontrol eden kurum veya kurumların etkisiz kalmasıyla ortaya çıkar.¹⁰⁴ Aile, din, okul gibi toplumsal kurumlara olan bağlılık kişileri sapıcı ve suç teşkil eden davranışlardan uzaklaştırmakta; dahası düşük benlik denetimi kişilerin suç işlemesine sebep olmaktadır. *Sánchez-Jankowski*, orta sınıf ailelerinin çocuklarının okulların davranışlarını kontrol etmede daha etkili oldukları için değil tutuklanıp bir suçtan hüküm giymeleri halinde kaybedecekleri fazlaca mülk ve özgürlükleri olan ayrıcalıklı bir yaşam tarzına sahip oldukları için çetelerden veya suç işlemekten kaçındıkları örneğini vermişlerdir. Bu teori, okul gibi sosyal kurumların etkilerini hem okulların hem de bireylerin büyük ölçüde etkilendikleri sosyo-ekonomik koşullardan ayırmada yetersiz olduğu için haklı olarak eleştirilmektedir.¹⁰⁵

4. ETKİLEŞİMSSEL TEORİ

Kontrol teorisini, sosyal öğrenme kuramını ve bunları daha geniş bir çerçevede birleştiren karma modelleri eleştiren *Thornberry*, etkileşimsel kuramı geliştirmiştir. Etkileşimsel kurama göre, insan davranışının sosyal etkileşimle meydana geldiğini ve en iyi şekilde ancak bu etkileşimsel sürece odaklanan bir modelle açıklanabileceği belirtilmektedir. Bu kuram, öncelikle gençlerin kendi başlarına sapıcı davranışlarda bulunan bireyler olarak ele alınmasını eleştirerek, yerine onların diğer kişi ve kurumlarla etkileşime girdiğinin göz ardı edilmemesi gerektiğini vurgular çünkü davranışlar bu süreç tarafından oluşturulmaktadır. Etkileşimsel kuram Durkheimci sosyal kontrol geleneğinin

¹⁰³ Travis Hirschi, *Causes of Delinquency*, Routledge, New York 2001, s. 16.

¹⁰⁴ Sánchez/Jankowski, s. 195.

¹⁰⁵ Sánchez/Jankowski, s. 195.

den gelişmekte ve suçluluğun temel nedeninin, bireyin davranışları üzerindeki sosyal kısıtlamaların zayıflamasında yattığını ileri sürmektedir ancak klasik kontrol teorisinin aksine, kontrollerin zayıflatılmasının doğrudan suçluluğa yol açtığını varsaymaz.¹⁰⁶

Woody ve Allen'a göre suçluluğu açıklayan risk faktörleri ile ilgili tek yönlü bir suçluluk perspektifini benimseyen Kontrol Teorisi, Sosyal Öğrenme Teorisi ve diğerlerinden farklı olarak; Etkileşimsel Teori, suç faktörlerinin hepsinin karşılıklı olarak etkileşime girdiği temeline dayanarak suçluluğun ustalık ve gelişimsel açıklamasını yapmaktadır.¹⁰⁷ Örneğin, suçluluk akran birlikteliklerinden ve kişilerin suçu olumlamasından etkilenirken, bunlar da suçluluktan etkilenmekte ve bazı gençler için suç teşkil eden bazı gençler içinse norma uygun davranışlar için izlek oluşturmaktadır: Bir başka deyişle, sapıcı veya suçlu davranış sosyal sürecin yalnızca bir çıktısı olmaktan ziyade bu sürecin aynı zamanda bir parçasıdır.¹⁰⁸

Howell, etkileşimsel kuramı örneklerirken yapısal yetersizliklerin, ebeveynlerin yetersizliklerine, zayıflamış sosyal bağlara, düşük okul performanslarına, akranlar tarafından reddedilmeye; bu durumların da suça eğilimli akran birlikteliklerine, suçun olumlanmasına ve suç teşkil eden davranışlara neden olduğunu ifade etmiştir. Dahası, bu durumların da söz konusu sosyal bağları daha da zayıflatarak ve suçlu akran birlikteliklerini güçlendirerek çete üyeliğine, sonuç olarak da suça yol açtığını belirtmektedir.¹⁰⁹

SONUÇ

Gençlik çeteleri gerek kavramsal gerek yapısal özellikleri kapsamında üzerinde fikir birliği sağlanabilmiş bir grup değildir. Ancak, gençlik çeteleri ve suçluluk arasındaki ilişkiyi inceleyen çalışmalar

¹⁰⁶ Terence P. Thornberry, "Toward an Interactional Theory of Delinquency", *Criminology*, 1987, C. 25, s. 4, s. 864.

¹⁰⁷ Emma Alleyne/Jane L. Wood, "Gang Involvement: Psychological and Behavioral Characteristics of Gang Members, Peripheral Youth, and Nongang Youth", *Agressive Behaviour*, 2010, C. 35. S. 6, s. 424.

¹⁰⁸ Terence P. Thornberry/Alan J. Lizotte/Marvin D. Krohn/Margaret Farnworth/Sung Joon Jang, "Delinquent Peers, Beliefs, and Delinquent Behavior: A Longitudinal Test of Interactional Theory", *Criminology*, 1994, C. 32, S. 1, s. 75.

¹⁰⁹ James C. Howell, "Moving Risk Factors into Developmental Theories of Gang Membership", *Youth Violence and Juvenile Justice*, 2015, C. 3, S.4, s. 347

dikkate alındığında, gençlerin çeteleri “suç işlemek amacıyla” kurmadıkları veya bu amaç doğrultusunda çetelere dahil olmadıkları, esasen çetelerin yapısının da bilhassa suç işlemeye uygun olmadığı görülmektedir. Çeteler, üye gençler tarafından nitelikleri itibarıyla daha çok birtakım bireysel yararları olan organizasyonlar olarak görülmektedir.

Suç oranları ve gençlik çeteleri arasında genellikle paralel bir ilişki bulunmasına rağmen bu ilişkinin ifade edildiği kadar yalın olmadığı da önemle vurgulanmalıdır. Çete içinde öne çıkan kişilerin diğer üyeler üzerinde denetim ve gözetim yetkisinin sınırlı kalması ve suç örgütleri kadar hiyerarşik bir yapı kuramamaları, onların suç örgütlerine dönüşmesini engellemektedir. Bu noktada, örgütsel bağın yalnızca iradelerin uyuşmasıyla bir anda kurulmasının mümkün olmadığı, örgüt için asgari bir örgünleşmenin gerektiği vurgulanmalıdır. Üstelik, örgüt içinde sürekli bir iş birliği ve belli bir derecede disiplinin, bir başka deyişle en azından ilkel bir organizasyonun varlığını aramak gerekmektedir.¹¹⁰

Bunların yanı sıra, kimliklerinin kolluk kuvvetlerine göre gizli kalamaması da suçun çetelerin ana faaliyetleri olması olasılığını bertaraf etmektedir. Gençlik çetelerine ilişkin yüksek suç oranlarında hem sokakta resmî makamlara ve bölge sakinlerine karşı görünürlüklerinin yüksek olması, hem de suç işleme esnasında kullanılan silah gibi araçların veya taşıtların ispat açısından kolaylık sağlamasıyla açıklanmaktadır. Dahası, çetenin kendisi tarafından çeşitli yollarla kendi yetenek ve kudretini aşacak şekilde yanlış bir imaj yayılmakta, bu imaj medya tarafından da sürdürülmektedir.

Ekonomik yetersizlikler, işsizlik, çekirdek aile içindeki problemler, uyuşturucu kullanımı, toplum tarafından dışlanmışlık gibi çok çeşitli motivasyonlardan kaynaklı çeteye katılım pratikleri, yalnızca gençlerin mercek altına alınmasıyla anlaşılamayacaktır. Gerek bireysel gerek toplumsal kaynaklı risk faktörleri, sorunun sistemsel olduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, her bir genç açısından bireysel öneme sahip çözümler günün sonunda bir anlam ifade etmemekte, bu noktada ancak suçun ve suçluluğun toplumsal birer sonuç olduğunu dikkate alan; çete üyesi gençlerin pek çok açıdan mağdur olduğunu da göz önünde bulunduran çözümlerin başarıya ulaşma şansı olacaktır.

¹¹⁰ Türkân Yalçın Sancar, Çok Failli Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998, s. 141-144.

Kaynakça

Kitaplar

- Akers Ronald L., *Social Learning and Social Structure: A General Theory of Crime and Deviance*, Transaction Publishers, 2009.
- Cohen Albert K., *Delinquent Boys*, The Free Press, New York, B. 12, 1967.
- Curry David/Maxson Cheryl L./Howell James C., *Youth Gang Homicides in the 1990's*, *Youth Gang Homicides in the 1990's, Responding to Gangs: Evaluation and Research içinde* (Ed. Winfred L. Reed- Scott H. Decker), U.S. Department of Justice, 2002, s. 106-137.
- Decker Scott H., *The Impact of Organizational Features of Gang Activities and Relationships*, *The Eurogang Paradox: Street Gangs and Youth Groups in the U.S. and Europe içinde* (Ed. Malcolm W. Klein/Hans-Jürgen Kerner et al.), Kluwer Academic Publishers, 2001, s. 21-40.
- Decker Scott H./Pyrooz David C., *Street Gangs, Terrorists, Drug Smugglers, and Organized Crime*. *The Handbook of Gangs içinde* (Ed. Scott H. Decker/David C. Pyrooz), WileyBlackwell, Chichester West Sussex, 2015, s. 294-308.
- Demirbaş Timur, *Kriminoloji*, Seçkin Yayıncılık, B. 6, Ankara, 2016.
- Dönmezer Sulhi, *Kriminoloji*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, B. 6, İstanbul, 1981.
- Esbensen Finn Aegle/Peterson Dana et. al., *Initiation of Drug Use, Drug Sales, and Violent Offending Among a Sample of Gang and Nongang Youth*, *Gangs in America içinde* (Ed. C. R. Huff), SAGE Publications, Thousand Oaks, 2002, s. 37-50.
- Flannery Daniel J. et. al.: *Youth Gangs: A Developmental Perspective*, *Delinquent Violent Youth: Theory and Interventions* (Ed. Thomas P. Gullotta/Gerald R. Adams et al.), SAGE Publications, Thousand Oaks California, 1998, s. 175-204.
- Hirschi Travis, *Causes of Delinquency*, Routledge, New York, 2001.
- Howell James C./Moore John P./Egley Arlen Jr., *The changing boundaries of youth gangs*, *Gangs in America III içinde* (Ed.: C. R. Huff), SAGE Publications, Thousand Oaks, 2002, s. 3-18.
- Kornhauser Ruth Rosner, *Social Sources Of Delinquency: An Appraisal of Analytic Models*, University of Chicago Press, Chicago, 1978.
- Klein Malcolm W., *Street Gangs and Street Workers*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1971.
- Klein Malcolm W./Maxson Cheryl L., *Street Gang Violence, Violent Crime, Violent Criminals içinde* (Ed.: Neil Weiner-Marvin E. Wolfgang), SAGE Publications, Newbury Park California, 1989, s. 198-234.
- Klein Malcolm W./Maxson Cheryl L., *Street Gang Patterns and Policies*, Oxford University Press, 2010.
- Miller Walter B., *Crime by Youth Gangs and Groups in the United States*, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, Washington D.C., 1992.
- Moore Joan, *Going Down to the Barrio: Homeboys and Homegirls in Change*, Temple University Press, Philadelphia, 1991.
- Sancar Türkân Yalçın, *Çok Failli Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998.

- Skolnick Jerome H./Correl Theodore/Navarro Elizabeth et. al., *The Social Structure of Street Drug Dealing, From Drugs, Crime, and Justice: Contemporary Perspectives içinde* (Ed. Larry K. Gaines-Peter B. Kraska), Waveland Press, United States Of America, 1997, s. 159-191.
- Sokullu Akıncı Füsün, *Kriminoloji*, Beta Yayıncılık, B. 14, İstanbul, 2020.
- Soyaslan Doğan, *Kriminoloji Dersleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1996.
- Sutherland Edwin H./Cressey Donald R., *Criminology*, J.B. Lippincott Company, 1978.
- Thornberry Terence P., *Membership in Youth Gangs and Involvement in Serious and Violent Offending, Serious & Violent Juvenile Offenders: Risk Factors and Successful Interventions içinde* (Ed. Rolf Loeber & David P. Farrington), SAGE Publications, Newbury Park, 1998, s 147-166.
- Thornberry Terence P./Krohn Marvin D./Lizotte Alan J./Smith Carolyn A. et. al.; *Gangs and Delinquency in Developmental Perspective*, Cambridge University Press, 2003.
- Thrasher Frederic Milton, *The Gang: A study of 1,313 Gangs in Chicago*, The University of Chicago Press, Chicago, 2013.
- Yablonsky Lewis, *The Violent Gang*, The Macmillan Company, New York, 1963.

Makaleler

- Alleyne Emma/Wood Jane L., "Gang Involvement: Psychological and Behavioral Characteristics of Gang Members, Peripheral Youth, and Nongang Youth", *Aggressive Behaviour*, 2010, C. 35. S. 6, s. 423-436.
- Ball Richard A./Curry G. David, "The Logic Of Definition In Criminology: Purposes And Methods For Defining "Gangs", *Criminology*, 1995, C. 33, S. 2, s. 225-245.
- Bjerregaard Beth/Smith Carolyn, "Gender differences in gang participation, delinquency, and substance use", *Journal of Quantitative Criminology*, 1993, C. 9, S. 4, s. 329-355.
- Craig Wendy M./Vitaro Frank/Gagnon Laude/Tremblay Richard E., "The Road to Gang Membership: Characteristics of Male Gang and Nongang Members from Ages 10 to 14", *Social Development*, 2002, C. 11, S.1, s. 53-68.
- Curry David/Spergel Irving A., "Gang involvement and delinquency among Hispanic and African-American adolescent males", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1992, C. 29, S. 3, s. 273-291.
- Curry G. David/Spergel Irving A.: "Gang Homicide, Delinquency and Community", *Criminology*, 1988, C. 26, S. 3, s. 381-406.
- Decker Scoot H./Pyrooz David C. Et al.: "Validating Self-Nomination in Gang Research: Assessing Differences in Gang Embeddedness Across Non-Current, and Former Gang Members", *Journal of Quantitative Criminology*, 2014, C. 30, s. 577-598.
- Decker Scott H./Winkle Barrik Van, ""Slinging Dope": The Role Of Gangs And Gang Members In Drug Sales", *Justice Quarterly*, 1994, C. 11, S. 4, s. 583-604.
- Dukes Richard L./Martinez Rubén O./Stein Judith A., "Precursors and Consequences of Membership in Youth Gangs", *Youth & Society*, 1997, C. 29, S. 2, s. 139-165.

- Esbensen Finn Aege/Huizinga David/Weiher Anne W., "Gang and Non-Gang Youth: Differences in Explanatory Factors", *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 1993, C. 9, S. 2, s. 94-116.
- Esbensen Finn Aege/Tusinski Karin E., "Youth Gangs in the Print Media", *Journal of Criminal Justice and Popular Culture*, 2007, C. 14, S. 1, s. 31-38.
- Esbensen Finn-Aege/Winfree L. Thomas et al., "Youth Gangs and Definitional Issues: When is a Gang a Gang, and Why Does it Matter?", *Crime & Delinquency*, 2001, C. 47, S. 1, s. 105-130.
- Fagan Jeffrey, "The Social Organization Of Drug Use And Drug Dealing Among Urban Gangs", *Criminology*, 1989, C. 27, S.4, s. 633-670.
- Gatti Uberto/Tremblay Richard E. et. al.: "Youth gangs, delinquency and drug use: a test of the selection, facilitation, and enhancement hypotheses", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2005, C. 46, S. 11, s. 1178-1190.
- Güven O. Özgür, "Suçun Sosyolojisi ve Haber Söyleminde Temsili", *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, Gaziantep 2018, C. 17, S. 1, s.176-195.
- Hagedorn John M., "Neighborhoods, Markets, and Gang Drug Organization", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1994, C. 31, S. 3, s. 264-294.
- Hill Karl G./Howell James C./Hawkins J. David/Battin-Pearson Sara R., "Childhood Risk Factors For Adolescent Gang Membership: Results From The Seattle Social Development Project", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1990, C. 36, S. 3, s. 300-322.
- Hitchcock Hohn, "Adolescent gang participation: Psychological perspectives", *Journal of Police and Criminal Psychology*, 2001, C. 16, S. 2, s. 33-47.
- Howell James C., "Menacing or Mimicking? Realities of Youth Gangs", *Juvenile and Family Court Journal*, 2007, C. 58, S. 2, s. 39-50.
- Howell James C., "Moving Risk Factors into Developmental Theories of Gang Membership", *Youth Violence and Juvenile Justice*, 2015, C. 3, S. 4, s. 334-354.
- Howell James C., "Youth Gang Homicides: A Literature Review", *Crime & Delinquency*, 1999, C. 45, S. 2, s. 208-241.
- Lizotte Alan J./Tesoriero James M./Thornberry Terence P./Krohn Marvin D., "Patterns of adolescent firearms ownership and use", *Justice Quarterly*, 1994, C. 11, S.1, s. 51-74.
- Maxson Cherly L./Gordon Margaret A./Klein Malcolm W., "Differences Between Gang and Nongang Homicides", *Criminology*, 1985, C. 23, S. 2, s. 209-222.
- McDaniel Dawn Delfin: "Risk and protective factors associated with gang affiliation among high-risk youth: a public health approach", *Injury Prevention*, 2012, C.18, S. 4, s. 253-258.
- Miller Walter B., "Violent Crimes in City Gangs", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1966, C. 346, S. 1, s. 96-112.
- Moore Joan W., "Isolation and Stigmatization in the Development of an Underclass: The Case of Chicano Gangs in East Los Angeles", *Social Problems*, 1985, C. 33, S.1, s. 1-12.

- Rosenfeld Richard/Bray Timothy M./Egley Arlen, "Facilitating Violence: A Comparison of Gang-Motivated, Gang-Affiliated, and Nongang Youth Homicides", *Journal of Quantitative Criminology*, 1999, C. 15, S. 4, s. 495-516.
- Sánchez-Jankowski, Martín, "Gangs and Social Change", *Theoretical Criminology*, 2003, C. 7, S. 2, s. 191-216.
- Sobel Russell S./Osoba Brian J., "Youth Gangs as Pseudo-Governments: Implications for Violent Crime", *Southern Economic Journal*, 2009, C. 75, S. 4, s. 996-1018.
- Spergel Irving A., "Youth Gangs: Continuity and Change", *Crime and Justice*, 1990, C. 12, s. 171-275.
- Taylor Terence J./Freng Adrienne/Esbensen Finn Aege et al.: "Youth Gang Membership and Serious Violent Victimization: The Importance of Lifestyles and Routine Activities", *Journal of Interpersonal Violence*, 2008, C. 23, S. 10, s. 1441-1464.
- Thornberry Terence P., "Toward an Interactional Theory of Delinquency", *Criminology*, 1987, C. 25, S. 4, s. 863-891.
- Thornberry Terence P./Krohn Marvin D. et. al., "The Role of Juvenile Gangs in Facilitating Delinquent Behavior", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1993, C. 30, S. 1, s. 55-87.
- Thornberry Terence P./Lizotte Alan J./Krohn Marvin D./Farnworth Margaret/Jang Sung Joon, "Delinquent Peers, Beliefs, and Delinquent Behavior: A Longitudinal Test of Interactional Theory", *Criminology*, 1994, C. 32, S. 1, s. 47-83.
- Winfrey L. Thomas/Bäckström Teresa Vigil/Mays G. Larry, "Social Learning Theory, Self-Reported Delinquency, and Youth Gangs: A New Twist on a General Theory of Crime and Delinquency", *Youth & Society*, 1994, C. 26, S. 2, s. 147-177.
- Winfrey L. Thomas/Mays G. Larry/Bäckström Teresa Vigil, "Youth gangs and incarcerated delinquents: Exploring the ties between gang membership, delinquency, and social learning theory", *Justice Quarterly*, C. 11, S. 2, 1994, s. 229-256.

Çevrimiçi Kaynaklar

- "Youth Gangs: An Overview, Juvenile Justice Bulletin, 1998", (<https://ojjdp.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh176/files/jjbulletin/9808/youth.html>/ E.t.:18.03. 2021)
- "Penalties (Including Sentencing Enhancement), Fines, and Damages/ Gang-Related Legislation by Subject, National Gang Center, 2020, (<https://nationalgangcenter.ojp.gov/legislation/penalties/> E.t.: 18.03.2021)

Diğer Kaynaklar

- Skolnick Jerome H., Gang Organization And Migration: Drugs, Gangs, And Law Enforcement, California Department of Justice, 1990.
- Reiner Ira, Gangs, crime and violence in Los Angeles: findings and proposals, Office of the District Attorney, County of Los Angeles 1992.
- Howell James C./Decker Scott H., The Youth Gangs, Drugs and Violence Connection, "U.S. Department of Justice", 1999.

BULAŞICI HASTALIKLARA İLİŞKİN TEDBİRLERE AYKIRI DAVRANMA SUÇU (TCK. MD. 195) THE CRIME OF VIOLATING THE MEASURES RELATED TO INFECTIOUS DISEASES (TCC ART 195)

Hüseyin ACAR*

Özet: Tarih boyunca çeşitli salgın hastalıklarla mücadele eden insanoğlunun yerleşik hayata geçmesi ve toplumlar arasındaki etkileşimin artması ile birlikte salgınların yayılma hızı da artmıştır. 2019 yılının Aralık ayının sonunda gündemi, yaşamı ve gelecekle ilgili beklentilerimizi değiştiren yeni bir salgın hastalıkla tanıştık. Yeni tip Korona virüs COVID-19 olarak adlandırılan bu salgın, insan sağlığı bakımından sebebiyet verdiği derin sorunların yanında toplumsal ilişkileri, davranış kalıplarını, sosyal, siyasal, kültürel ve ekonomik alt yapıyı köklü şekilde etkileyecek sonuçlar doğurmuştur. Bütün dünyada etkisini uzun yıllar hissettirecek ve Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi (küresel salgın) olarak ilan edilen COVID-19 virüsü salgınının önüne geçebilmek amacıyla yetkili makamlar tarafından çeşitli tedbirler alınmaktadır. Bu tür bulaşıcı hastalıklarla mücadelede kamu sağlığının korunması amacıyla, bulaşıcı hastalığa yakalanan ya da bulaşıcı hastalıktan dolayı ölmüş olan kişinin bulunduğu yere ilişkin olarak yetkili makamlar tarafından alınan karantina tedbirlerine aykırı hareket edilmesi suç olarak nitelendirilmiş olup 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 195. maddesinde "Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu" başlığı altında düzenlenmiştir. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirleri ihlal etmeye elverişli olması şartıyla ortaya çıkan bu suç tipinin aktif ya da pasif hareketlerle gerçekleştirilmesi mümkündür. Hastalığın başkalarına bulaştırılması ya da hastalıktan dolayı bazı kişilerin zarar görmüş olması suçun tamamlanması için gerekli değildir. Yetkili makamlar tarafından alınan karantina tedbirlerine aykırı hareket edilmesiyle suç tamamlanmış olur. Bu çalışmada TCK'nın 195. maddesinde yer verilen bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu temel hatlarıyla değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Bulaşıcı Hastalık, Kanunilik İlkesi, Kamu Sağlığı, Karantina Tedbirleri, Tedbirlerin İhlal Edilmesi

Abstract: With the sedentary life of human beings who struggled with various epidemic diseases during history and the increase in interaction between societies, the rate of spread of epidemics has also increased. At the end of December 2019, we met a new epi-

* Av. Dr., Millî Eğitim Bakanlığı, acar-huseyin@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-4424-7219, Makalenin Gönderim Tarihi: 20.10.2021, Kabul Tarihi: 09.11.2021

demic that changed our agenda, life and our expectations related to future. This epidemic, which is called the corona virus COVID-19, has revealed consequences that will radically affect social relations, behavior patterns, social, political, cultural and economic infrastructure, as well as the deep problems it has caused in terms of human health. Various measures are taken by the competent authorities in order to prevent the COVID-19 virus epidemic, which will be felt all over the world for many years and declared as a pandemic (global epidemic) by the World Health Organization. In order to protect public health in the fight against such contagious diseases, acting contrary to the quarantine measures taken by the competent authorities regarding the location of the person who has contracted a contagious disease or died due to a communicable disease is regulated as a crime, and regulated in Article 195 of the Turkish Penal Code under the title of “The Crime of Violating the Measures Related to Infectious Diseases”.

Provided that such conduct is suitable to violate the measures regarding infectious diseases, it is possible for this type of crime to be carried out with active or passive actions. The transmission of the disease to others or actual harm being caused to others is not necessary for the completion of the crime. The crime is completed by violating the quarantine measures taken by the competent administrative authorities. Although the type of crime in Article 195 of the TCK is not subject to complaint, a prison sentence is envisaged as its sanction.

Keywords: Infectiousdisease, Principle of Legality, Publichealth, Quarantinemeasures, Violation of Measures

GİRİŞ

2019 yılının Aralık ayının sonunda Çin Halk Cumhuriyeti’nde yeni tip Korona virüs (COVID- 19) salgın hastalığının ortaya çıkması ve Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi (küresel salgın) olarak kabul edilmesi sonrasında 2020 yılının Mart ayının ortalarından itibaren (COVID- 19) salgın hastalığı Türkiye’de de gündemin ön sıralarında yer almaya başlamıştır. Basın ve sosyal medyaya yansıyan karantina önlemlerine dönük kamuoyu açıklamalarında sıklıkla TCK’nın 195. maddesine vurgu yapılır olmuştur. Önümüzdeki süreçte adli merciler önüne gelecek bu kapsamdaki olaylarda uygulanması muhtemel diğer ceza hukuku yaptırımlarının yanı sıra söz konusu ceza normunun incelenmesi konunun güncelliğini koruması nedeniyle önem arz etmektedir.¹

¹ Murat R. Önok, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195)”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Y. 2020, C. 9, S. 17, s. 149-150.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu 5237 sayılı TCK'nın "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının üçüncü bölümünde "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" başlığı altında 195. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede "Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" hükmüne yer verilmiştir. Madde gerekçesinde ise "Maddede, bulaşıcı hastalıklara yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş bulunan kimselerin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uyulmaması, suç olarak tanımlanmıştır. Böylece kamu sağlığının korunması amacı güdülmektedir" ifadeleri yer almaktadır.²

Söz konusu düzenlemeye göre yetkili makamlarca bulaşıcı hastalığa yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına karar verilmesine rağmen bu tedbirlere uymayarak kamunun sağlığını tehlikeye atan kişilerin fiil ve hareketlerinin kanun koyucu tarafından engellenmesi amaçlanmıştır.³

I. KANUNİ DÜZENLEME

Kanuni düzenlemeler getirerek gerekli tedbirlerin alınması suretiyle kamu sağlığının korunması tüm toplumlar için öncelikli ve önemli konular arasındadır. Anayasamızın 56. maddesi "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir" hükmünü içermektedir. Koruma ödevi yükleyen anayasamızın bu hükmü insan hakkı olarak yaşam hakkının ancak sağlıklı ve dengeli bir çevrede gerçekleşebileceğini belirtmektedir.⁴ 1593 sayılı Umumi

² TBMM, Dönem, 22, Yasama Y. 2, Sıra S. 664, s. 592; İzzet Özgenç, Gazi Şerhi, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 941.

³ Özlem Y. Çakmut, "Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, İstanbul, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, C. I, 2014, s. 543-544.

⁴ Anayasa'da genel sınırlandırma nedenleri kaldırıldığı için "genel sağlığın korunması" nedeninin yer almadığı bazı hak ve özgürlükler bakımından sınırlamaların meşru amacı yönünden birtakım sorunların ortaya çıkabildiği, bu sorunlar, yorum yoluyla belli ölçüde aşılabiliyorsa da açık bir düzenlemeye yer verilmesinin netlik sağlayabileceği belirtilerek, bunun için Anayasa'nın sağlık hizmetleri ve

Hıfzıssıhha Kanunu'nun 1. maddesinde halkın sağlığına zarar veren tüm hastalıklarla mücadele etmenin kamu hizmetinin gereklerinden olduğu ifade edilmiştir. Yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzun 1. maddesinde kamu sağlığının korunması, kanunun amaçları arasında sayılmıştır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi kanun koyucu tarafından, 5237 sayılı Kanun'un 195. maddesinde yer alan bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda, bulaşıcı hastalığa yakalanmış ya da hastalık dolayısıyla ölmüş kişinin bulunduğu yerde yetkili makamlarca uygulanmasına karar verilmiş karantina tedbirlerine uyulmaması kamu sağlığının korunması amacı güdümlük yaptırım altına alınmıştır.⁵

5237 sayılı Kanun'un 195. maddesinde belirtilen suçun oluşabilmesi için birtakım şartların bir arada gerçekleşmesi gerekir Suçun maddi unsurunun oluşabilmesi için somut olayda öncelikle mevcut bir bulaşıcı hastalık olmalıdır. Bulaşıcı hastalığın türü, yayılma şekli veya kapsadığı alan önem arz etmez.⁶ Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliğinin 4. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde Bulaşıcı hastalık; *"Enfekte olmuş bir kişi ile doğrudan temas yoluyla veya bir vektör, hayvan, ürün veya çevreye maruz kalma gibi dolaylı yollardan veya bulaşıcı madde ile kirlenmiş olan sıvı alışverişi yolu ile insandan insana bulaşan, bir mikroorganizma veya onun toksik ürünlerine bağlı olarak ortaya çıkan hastalık"* olarak tanımlanmıştır.⁷ Salgın kavramı, ise

çevrenin korunması başlıklı 56'ncı maddesine, temel hak ve özgürlüklerin tehlikeli salgın hastalıkların önlenmesi amacıyla sınırlandırılabilmesine dair bir hüküm eklenmesi önerilmektedir; Tolga Şirin, "Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş," *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2020, C. 9, S. 17, s. 132.

⁵ Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar*, USA Yayınevi, Ankara, 2017, s. 128; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. IV, Adalat Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 6035; Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Yayın Matbaacılık, 2. Cilt, (Madde 141-345), Ankara, 2007, s. 1463; Necati Meran, *Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanun*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2007, s. 971; İsmail Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 3*, (Madde 150-241), Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2013, s. 3232; Çetin Arslan/Bahattin Azizağaoğlu, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayınevi, Ankara, 2004, s. 818; Çakmut, s. 544.

⁶ Recep Kahraman, "Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK md 195)," *Y. 2020, C. 78. S. 2, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, s. 744.

⁷ Önok, s. 162; Yönetmeliğin Ek-1 Sayılı Bildirime Esas Bulaşıcı Hastalıklar

sözlükte “kısa zamanda çevredeki insan, hayvan veya bitkilerin büyük bir bölümüne bulaşan”, “müstevli” ve “bir hastalığın veya başka bir durumun yaygınlaşması ve birçok kimseye birden bulaşması” olarak tanımlanmıştır.⁸ Görüldüğü gibi bulaşıcılık, bir hastalığın niteliğini, salgın ise bulaşıcı hastalığın niceliksel yaygınlığını ifade etmektedir.⁹

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda karantina tedbirlerinin alınabilmesi için hastalık yapıcı kaynağın saptanması yeterli değildir. Burada aranması gereken ikinci unsur bulaşıcı hastalığa bağlı olarak en az bir kişinin hastalanmış ya da ölmüş olmasıdır.¹⁰ Bulaşıcı hastalığın geniş toplum kesimlerine ulaşması ya da toplumun belli bir kısmının hastalıktan etkilenmiş olması gerekli değildir.¹¹

Bir bölgede bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş bir kişinin bulunmasına rağmen yetkili makamlarca karantina ilan edilmemiş ya da bir yerde bulaşıcı hastalığa yakalanmış veya bu hastalıktan dolayı ölmüş bir kişi olmadığı hâlde yetkili makamlarca karantina ilân edilmiş ise, TCK’nın 195. maddesi kapsamında alınan tedbirlere uyulmaması nedeniyle suç oluşmayacaktır.¹²

Suçla ilişkin bulunması gereken bir diğer unsur ise hastalığa yakalanan ya da hastalıktan dolayı ölmüş bulunan kimsenin bulunduğu yere ilişkin olarak, bulaşıcı hastalığın yayılmasını önlemek amacıyla idari makamlar tarafından karantina tedbirlerinin alınmış olmasıdır.¹³ Söz konusu karantina tedbirleri, kişiye değil hastalığın bulunduğu yere ilişkin olarak alınmaktadır.¹⁴ Karantina tedbirlerini almaya yetkili idari makamlar 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 69. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde-

Listesi’nde hangi bulaşıcı hastalıkların bildirim esas bulaşıcı hastalık olarak sayıldığı liste halinde belirtilmiştir. COVID-19 virüsü söz konusu listenin 50’nci sırasında bulaşıcı hastalık olarak yer almaktadır; Kahraman, s. 744; dn. 16.

⁸ Tdk Türkçe Sözlük, 11. Baskı, Ankara, 2011, s. 2018.

⁹ Şirin, s. 53, dn. 18.

¹⁰ Tuğba Bayzit, COVID-19 Salgınının Hukuki Boyutu (Editör Muhammet Özkes), Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 867.

¹¹ Zeynel Temel Kangal, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu”, *Özel Ceza Hukuku Cilt V*, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 438.

¹² Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6036- 6037.

¹³ Kahraman, s. 745.

¹⁴ Önok, s. 163.

de karantina tedbirlerini ve kapsamını belirleme konusunda yetkili olduğu ifade edilen *sıhhat memurlarının kimler olduğu aynı kanununun 303. maddesinde “Devlet, belediye ve idarei hususiye işlerinde kullanılan tabipler ve Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletinin lüzum göreceği ve mezuniyet vereceği hususlarda tabiplerin maiyetinde bulunan küçük sıhhat memurlarıdır”* şeklinde belirtilmiştir.¹⁵ 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 66., 67., 72., 73. maddelerinde karantina kapsamına alınabilecek tedbirler açıklanmıştır.¹⁶

Karantina sözlükte *“Bulaşıcı bir hastalığın yayılmasını önlemek için belli bir bölgenin veya yerin kontrol altında tutulup giriş çıkışların engellenmesi biçiminde uygulanan sağlık önlemi”* olarak tanımlanmaktadır.¹⁷ Genel anlamda “karantina” kelimesi bulaşıcı bir hastalığın yayılmasını engelleme amacını taşıyan birtakım kısıtlamaları ifade etmek için kullanılır.¹⁸

TCK’nın 195. maddesinde yer alan *“hastalığa yakalanmış ya da hastalıktan dolayı ölmüş kişinin bulunduğu yer”* ifadesine göre karantina tedbirlerinin yalnızca bulaşıcı hastalığa yakalanmış ya da hastalıktan dolayı ölmüş olan kişinin bulunduğu yerle sınırlı bir alanda uygulanan önlemler olduğu anlaşılmaktadır.¹⁹ Diğer bir ifadeyle kanun koyucu karantina dışında alınan tedbirlerin ihlalini suç olarak kabul etmemektedir.²⁰ Nitekim maske takma ya da sosyal mesafe kuralına uyma zorunluluğu gibi bulaşıcı hastalığın ortaya çıkmasını veya yayılmasını önleyici tedbirlerin ihlali halinde bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu oluşmayacaktır.²¹

Yine yetkili makamların çıkardığı düzenleyici işlemler aracılığıyla karantina tedbirleri yerine getirildiğinden burada işlenen suç, idare-

¹⁵ Kahraman, s. 748-749; Önok, s. 168-169.

¹⁶ Önok, s. 169.

¹⁷ TDK Türkçe Sözlük, s. 1320-1321; 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu’nda karantina, “Hastalık veya zararlı organizmaların ülkeye girişini veya ülke içinde yayılmasını önlemek amacıyla, hayvan, hayvansal ürün, bitki, bitkisel ürün ve diğer maddeler ile bulaşma ihtimali bulunan madde ve malzemelerin kontrol altına alınması” şeklinde tanımlanmıştır. (md. 3/1-41). RG.13.10.2010 tarih ve S. 2760.

¹⁸ Kahraman, s. 745.

¹⁹ Önok, s. 164; Kahraman, s. 748.

²⁰ Kahraman, s. 745.

²¹ Kahraman, s. 745.

nin düzenleyici işlemlerine uyulmamasıdır. Bu nedenle düzenleyici işlemin hukuka uygun olmaması halinde yetkili makamlar tarafından alınan karantina tedbirlerine uymamak suç teşkil etmeyecektir.²²

Ultima ratio ilkesine göre ceza hukuku araçlarına en son çare olarak başvurulmalıdır. TCK'nın 195. maddesinde yer alan suç tipine bakıldığında bulaşıcı hastalıklarla mücadelede kanun koyucunun her eylemi cezalandırma yolunu tercih etmediği anlaşılmaktadır.²³ Enhorn/İsveç davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "Enhorn kriterleri" olarak bilinen kararında "bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek için kamu sağlığı ve güvenliği yönünden almaları gereken tedbirlerde devletlere doğrudan kişileri özgürlükten yoksun bırakma yetkisi verilmediğini ifade etmiş ve bir kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının "hukukiliğini" değerlendirirken iki temel koşul belirlemiştir. Bunlar; (1) hastalığın kamu sağlığı/güvenliği için "tehlike" oluşturması ve (2) bulaşıcı hastalık taşıyan kişinin zorunlu izolasyona tabi tutulmasıdır. Karantina tedbirlerinin daha düşük tedbirler yetersiz kaldığından ötürü hastalığın yayılmasını önlemek bakımından "son çare" olması gerekir. Bu ölçütler karşılanmadığı anda, özgürlükten yoksun bırakma sona erecektir."²⁴

²² Hafızoğulları/Özen, s. 128.

²³ Kahraman, s. 745.

²⁴ Şirin, s. 50; Dilaver Nişancı, "Salgın Hastalıklar ve Salgın Hastalıklar Özelinde Sağlık Hakkına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Bakış Açısı ile Ulusal Mevzuatın Covid-19 Özelinde Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2020, S. 150, s. 97; Enhorn/İsveç davasında eşcinsel olan başvuranın HIV pozitif olduğunun tespit edilmesinin ardından, bölge sağlık görevlisi tarafından kendisine verilen muayene randevularına icabet etmemesi üzerine, Bulaşıcı Hastalıklar Kanunu doğrultusunda, idare mahkemesi kararıyla her seferinde altı ayı geçmemek üzere toplam yedi yıl süren ve başvuranın her seferinde firar etmesi nedeniyle fiilen bir buçuk yıl uygulanan hastanede zorunlu izolasyon tedbirleriyle ilgilidir. AİHM'ye göre HIV virüsünün kamu sağlığı ve güvenliği yönünden tehlikeli olduğu tartışmasız olmakla birlikte, daha hafif tedbirler uygulanması mümkünken, başvuranın kişi özgürlüğünden yoksun bırakılmasının virüsün yayılmasını önlemek için son çare olup olmadığı araştırılması gerekmektedir. Mahkeme'ye göre somut dava koşullarında başvuranın HIV virüsünü yaymasını engelleyici diğer önlemler araştırılmadan, zorunlu izolasyona tabi tutulması son çare olarak kabul edilemez. Diğer yandan AİHM, toplam yedi yıl süren ve fiilen bir buçuk yıl başvuranın iradesi dışında hastanede tutulması şeklinde uygulanan zorunlu izolasyonun, HIV virüsünün yayılmasının önlenmesi amacı ile başvuranın kişi özgürlüğünün korunması arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozduğu kanaatiyle Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar vermiştir. Enhorn/İsveç, AİHM, 56529/00, 25.01.2005, § 44.

Diğer taraftan bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda yer alan düzenlemenin, kamunun sağlığını koruma adına yetersiz kaldığı, kapsamı oldukça dar düzenlendiği için mevcut COVID-19 salgınıyla ortaya çıkan hukuki ihtiyaçları karşılayamadığı, tedbirlerin alındığı yerin neresi olduğunun kanunda yer almaması gerektiği, hükmün işlevsel hale getirilebilmesi için “*bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yer*” koşulunun kanundan çıkarılması ya da “*bir kimsenin karantina altına alınmasına*” şeklinde bir değişikliğin uygun olacağı,²⁵ zira kuralın mak-sada uygun olmaması halinde, bu hususu dikkate alarak kuralın içeriğini değiştirebilecek olanın kanun koyucu olduğu vurgulanmıştır.²⁶ Öğretide bazı yazarlar tarafından TCK 195. maddenin daha geniş ve kapsayıcı şekilde yeniden tanımlanması gerektiği belirtilerek çeşitli düzenleme teklifleri getirilmiş bu sayede TCK’ nın 195. maddesine atıf yapan 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 284. maddesi hükmüne de ihtiyaç kalmayacağı ifade edilmiştir.²⁷

II. TCK 195. MADDESİ HÜKMÜNÜN KANUNİLİK İLKESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Öğretide tartışma konusu yapılan TCK’nın 195. maddesi hükmünün kanunilik ilkesine aykırılığı sorununa ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı yasağına bu çalışmanın amacı dâhilinde değinmekte fayda vardır. Bilindiği gibi hukuk devletinin temel ilkelerinden biri kanunilik ilkesidir. Devletin keyfi ve aşırı müdahalesine karşı vatandaşları korumasız bırakmamak için cezalandırma yetkisinin kullanılmasına sınırlamalar getirilmelidir. Hukuk devleti

²⁵ Kahraman, s. 745; Önok, s. 181.

²⁶ Önok, s.167.

²⁷ Öğretide TCK 195. Maddeye ilişkin Önok tarafından getirilen değişiklik teklifi şu şekildedir; “Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanan veya yakalandığından şüphelenilen kişinin bulunduğu veya böyle bir hastalığa yol açan maddenin bulunduğu veya bulunduğundan şüphelenilen yerin karantina altına alınmasına veya bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanan veya yakalandığından şüphelenilen bir kimsenin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca verilen emirlere veya bu konudaki işlem ve icraata uymayan kişi, üç aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Önok, s. 182; Söz konusu maddeye ilişkin Kahraman’ın değişiklik teklifi ise şöyledir; “Bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkmasını veya yayılmasını engellemek amacıyla karantina altına almaya yönelik yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlere uymayan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Kahraman, s. 743.

bireyleri yalnızca ceza hukuku vasıtasıyla korumamalı, aynı zamanda ceza hukukuna karşı da korumalıdır. (Alm. *den Einzelnen nicht nur durch das Strafrecht, sondern auch vor dem Strafrecht schützen*).²⁸

5237 sayılı TCK'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında (1) "*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fül için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz*", 2. fıkrasında ise (2) "*İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz*" düzenlemelerine yer verilmiştir. Maddede yer alan kanunilik ilkesine göre, kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin ve bu suçu işleyenlerin karşılaşacakları hukuksal yaptırımların (müeyyidelerin) kanunda önceden herhangi bir duraksamaya yer bırakmadan, açık net, anlaşılabilir ve uygulanabilir şekilde kanun koyucu tarafından belirlenmesi gerekmektedir.²⁹ Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da benimsendiği gibi bireyler bu durumda hangi davranışlarının suç teşkil ettiğini öğrenme ve hareketlerini buna göre ayarlama imkânı bulurlar.³⁰ Böylece suç ve cezalarda "kanunilik" ilkesi

²⁸ Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München, 2006, § 5, kn. 1, s. 138; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 36; kn. 26; Yazar bu belirlemeyi Roxin'in ifade ettiği gibi sadece Ceza Hukuku için değil genel olarak hukuk kuralları olarak kullanmayı tercih etmektedir. Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 98.

²⁹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 54-55; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 118; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 164; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 56; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, Yenilenmiş Bası, İstanbul, 2016, s. 126; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 132.

³⁰ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara, 2019, s. 66; Koca/Üzülmez, s. 55; Önok, s. 154; AYM'nin bir kararında: "19. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devletinin temel unsurlarından biri de "belirlilik" ilkesidir. Bu ilkeye göre; yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, kanun'dan belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya

aracılığıyla *öngörülebilirlik* sağlanmak suretiyle, ceza hukuku alanında hukuki güvenlik korunmuş olur.³¹ Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. maddesinde istisna tanınmış olsa da kanunilik ilkesine yer verilmiştir.³²

Kanunda suç teşkil eden bir fiilin tanımlanıp yaptırım altına alınmasına öğretide “tam ceza kanunu” (Alm. *Vollstrafgesetz*) ya da “kapalı ceza kanunu” (Alm. *Geschlossene Gesetze*) denilmektedir.³³ Tartışmalı olmakla birlikte, bazı durumlarda kanun koyucu suç teşkil eden fiilin karşılığı olan yaptırımı, yani verilecek cezayı göstermekle birlikte söz konusu fiilin ne olduğunu kanunda açıkça tarif etmez. Çizdiği sınırlar dâhilinde, bunun saptanmasını, idari makamlara bırakır.³⁴ Bu sayede yer ve zamana göre gelecekte ortaya çıkabilecek ihtiyaçları karşılamak için değişkenlik gösteren içeriğin belirlenmesinde esneklik sağlanmış olmaktadır. Öğretide bu şekildeki düzenlemelere imkân sağlayan kanunlara “açık ceza kanunu, çerçeve kanun, kör ceza kanunu” gibi (Alm. *Blankettdelikte*) isimler verilmektedir.³⁵

sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlayabilir.

20. Hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi; hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

21. Belirlilik ilkesi ise yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.” ifadelerine yer verilmiştir. R.G. 20.4.2018, S. 30397; AYM kararı E. 2017/172, K. 2018/32.

³¹ Anayasamızın 38. maddesine göre “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun’un suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanun’da o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”, Önok, s. 152; İçel, s. 83; Demirbaş, s. 63.

³² Önok, s. 151.

³³ Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Gieseking Verlag, 11. Baskı, Bielefeld, 2003, kn:100-101, s. 131-132; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 157-158; Özgenç, s. 125; Demirbaş, s. 115; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 72; Koca/Üzülmez, s. 67.

³⁴ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 97; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 157-158; Demirbaş, s. 115.

³⁵ Roxin, § 5, kn. 40, s. 157; Baumann/Weber/Mitsch, kn:100-101, s. 131-132; Özgenç, s. 125; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, 157-158; Demirbaş, s. 115; Özbek/Doğan/

5237 sayılı TCK'nın 195. maddesi hükmünde, "yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymama" cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda karantina altına almaya yönelik tedbirlerin neler olduğunu, hangi tedbirlerin alınması gerektiğini belirleyecek olanlar "yetkili makam"lardır.³⁶ Hastalıkla mücadelede yetkili makamlar tarafından alınacak bu tedbirler, bulaşıcı hastalığın yapısı, türü, etkisi, yayılma hızı, ne şekilde bulaştığı gibi çeşitli faktörler dikkate alınarak 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümlerine atf yapılmak suretiyle belirlenecektir.³⁷

Dünyadaki birçok ülke gibi ülkemizin de mevzuat bakımından tehlikeli salgın hastalıklara karşı mücadelede hazırlıksız olması özellikle kanunilik ilkesinin göz ardı edilmesine yol açmaktadır.³⁸ Salgının kapsamının ve etkisinin önceden tahmin edilmesinin güçlüğü ve tedbirlerin somutlaştırılmaması gibi gerekçeler öne sürülse de³⁹ amaç aracı haklı çıkarmaz.⁴⁰

TCK'nın 195. maddesinde düzenlenen suç tipinde karantina altına almaya yönelik tedbirlerin neler olduğuna ilişkin fiil unsurunun madde metninde tanımlanmaması kanunilik ilkesine aykırıdır. Ayrıca yasaklanan fiilin içeriğinin belirlenmesinde takdir yetkisinin idari makamlara bırakılması nedeniyle TCK'nın 195. maddesi hükmünün açık ceza normu olarak kabul edilmesi gerekir.⁴¹ Açık ceza normunun idarenin düzenleyici işlemleriyle gelecekte doldurulmasının, TCK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz" ilkesine de aykırılık teşkil ettiği söylenebilir.⁴²

-
- ³⁶ Bacaksız, s. 72; Koca/Üzülmez, s. 67.
³⁷ "Suç, idarenin düzenleyici işlemine uymamaktır". Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 123.
³⁸ Kahraman, s. 747.
³⁹ Şirin, s. 130.
⁴⁰ Kahraman, s. 747.
⁴¹ Şirin, s. 130.
⁴² Hafizoğulları/Özen, s. 128; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 161; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 76.
⁴² Önok, s. 159; "Tehlikeli salgın hastalıklarla kanunilik ilkesine dayanmadan mücadele etmek, ilk bakışta haklı çıkarılabilir görünse de bu, derinlemesine düşünüldüğünde keyfiliğin hâkim kılınması, şeffaflık ve eşitlik ilkelerinin göz ardı edilmesi gibi risklere kapı aralar. Başka bir deyişle tehlikeli salgın hastalıklarla mücadelenin sadece yürütmenin takdirine bırakılması, paradoksal şekilde bu mücadeleye ket vurabilir. Dahası bu sorun, hastalığın defedilmesinden sonraki süreçlere de sirayet edebilir." Bkz. Şirin, s. 131.

Çağdaş ceza hukuku ilkelerine göre bu tür normlar kanun koyucu tarafından tercih edilmemelidir.⁴³

III. NORMUN OLUŞUM SÜRECİ VE 765 SAYILI ESKİ TÜRK CEZA KANUNU İLE 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN KARŞILAŞTIRILMASI

1 Temmuz 1926 yılında yürürlüğe giren 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'na kaynaklık eden mehzaz 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda da bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu yer almaktaydı.⁴⁴ Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu 765 sayılı eski TCK'nın cürümlere ayrılan ikinci kitabının devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler başlıklı üçüncü babının sekizinci faslında *Hükümete Karşı Şiddet ve Mukavemet ve Kanunlara Muhalefet* başlığı altında 263. maddesinde düzenlenmişti. Söz konusu madde metninde “*Kolera ve sair bulaşık hastalıklardan musab veya vefiyat zuhur eden ev ve sair mahallerin kordon altına alınmasına dair Hükümetçe verilen emirlere ve yapılan icraata füllel mümanaat edenler hareketlerinin derecesine göre bir aydan bir seneye kadar hapsolunur*” ifadeleri yer almaktaydı.⁴⁵

⁴³ Bkz benzer görüş için Anayasa Mahkemesi. “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 297. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, infaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokmak veya bulundurmak yasaklanmış ve bu yasağa uymayanların hapis cezası ile cezalandırılacakları öngörülmüştür. İtiraz konusu kuralın yer aldığı anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında ise (1) numaralı fıkrada sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişinin hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. 297. maddenin (1) numaralı fıkrasında suçta konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, itiraz konusu kuralda böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suçta konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suçta konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir”, AYM kararı E. 2010/69, K. 2011/116; R.G. 21.10.2011, S. 28091.

⁴⁴ Kangal, s. 434.

⁴⁵ İsmail Malkoç/Mahmut Güler, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler-2, Adil Yayınevi, Ankara, (Yayın yılı belirtilmemiş,) s. 1977; Kangal, s. 434; Çakmut, s. 544.

1989 tarihli TCK Öntasarı metni ve genel gerekçesi esas alınarak hazırlanan 1997 TCK Tasarısı'nın 256. maddesinde yer verilen bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu "*hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu ev ve diğer yerlerin kordon altına alınmasına dair yetkili makamlarca verilen emirlere veya bu konudaki çalışmalara fiilen engel olanlara, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası*" verilir şeklindeydi.⁴⁶ 2004 tarihli Hükümet Tasarısı'nın bulaşıcı hastalıklar başlıklı 261. maddesi ise "*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu ev ve diğer yerlerin kordon altına alınmasına dair yetkili makamlarca verilen emirlere veya bu konudaki çalışmalara fiilen engel olanlara, hareketlerinin derecesine göre iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir*" şeklindedir.⁴⁷ Görüldüğü üzere 765 sayılı eski TCK'nın 263. maddesinin Türkçeleştirilmiş hali olan 1997 TCK Tasarısının 256. maddesindeki hükme 2004 tarihli Hükümet Tasarısı'nın 261. maddesinde de aynen yer verilmişti.⁴⁸

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu 5237 sayılı TCK'da ise *Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar* başlığı altında 195. maddede düzenlenmiştir.⁴⁹ 765 sayılı TCK'da tedbirler, madde 263'e göre bulaşıcı hastalığın görüldüğü *ev ve sair mahallerin* kordon altına alınmasına dair alınan tedbirlerin ihlali suç sayılmasına rağmen, madde 195'e göre bulaşıcı hastalığa yakalanmış ya da ölmüş kimsenin *bulunduğu yerin* karantına altına alınmasına dair alınan tedbirlerin ihlali suç sayılmaktadır.⁵⁰

765 sayılı TCK'da tedbirler, ev ya da diğer mekânların *kordon altına alınmasına* yönelik iken, 5237 sayılı TCK'da *karantına uygulamasına* yönelik tedbirler söz konusu olmaktadır.⁵¹ Hangi hastalıkların suçun

⁴⁶ Önok, s. 149.

⁴⁷ TBMM, Dönem, 22, Yasama Y. 2, Sıra S. 664, s. 320.

⁴⁸ Çakmut, s. 543; dn. 1.

⁴⁹ Çakmut, s. 544; 5237 sayılı Kanun ile 765 sayılı Kanun karşılaştırıldığında görülmektedir ki 5237 sayılı Kanun'da suçun sözel ifadesi, yer aldığı başlık ve sistematik yapısı tamamen değiştirilmiştir. Bu nedenle 5237 sayılı Kanun md. 195'de yer alan suçun yorumlanabilmesinde 765 sayılı Kanun md. 263'e ilişkin hükmün, doktrin ve yargı kararlarının kullanılabilmesi kısmen mümkün olmamaktadır. Bu durum doktrinde ilerleme ve içtihat kesintisizlik ilkelerine kısmen zarar vermektedir. Hafızoğulları/Özen, s. 127.

⁵⁰ Kahraman, s. 742.

⁵¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6035.

kapsamında olduğu konusunda her iki kanuni düzenlemede ifadelerde farklılık olsa da içerikleri aynıdır. 765 sayılı TCK'da *kolera ve sair bulaşıcı hastalık*, 5237 sayılı TCK'da ise hastalığın ne olduğuna yer verilmeksizin *bulaşıcı hastalık* ifadesi kullanılmıştır.⁵² 765 sayılı TCK'da *hükümetçe verilen emirler ve yapılan icraata aykırılık* suçun unsuru olmasına karşılık, 5237 sayılı TCK'da bu husus *yetkili makamlarca alınan tedbirlere aykırılık* olarak ifade edilerek tipe uygun hareket daha geniş tutulmuştur.⁵³

765 sayılı TCK'da tipik hareket, *fiilen mümanaat etmek*, diğer ifadeyle fiilen karşı koymaktır. 5237 sayılı TCK'da ise *tedbirlere uyulmaması* yeterli kabul edilmiştir. Maddi nitelikte olmayan, fiilen bir karşı çıkmayı içermeyen hareketler de suçun oluşmasına neden olabilecektir.⁵⁴

IV. KORUNMASI AMAÇLANAN HUKUKSAL DEĞER

Modern ceza hukukunun anlam ve amacını hukuksal değerlerin korunması oluşturur. Bireyin özgürlüğü, bağımsız bir varlık oluşu ve kendi kişiliğini toplumsal yaşam koşulları altında geliştirmesi hukuksal değerlerin korunması öğretisinin bir gereğidir.⁵⁵ Gerek bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun 5237 sayılı TCK'da bulunduğu bölüm başlığının kanun koyucu tarafından *"kamunun sağlığına karşı suçlar"* olarak düzenlenmiş olması, gerekse ilgili suçun madde gerekçesinin incelenmesinden, korunan hukuki değer, *"kamu sağlığının korunması"* olduğu görülecektir.⁵⁶ Devletler, toplum sağlığını tehlike ve saldırılardan korumak amacıyla salgın hastalıklarla mücadele edebilmek için gerekli tedbirleri yetkili merciler eliyle mevzuat dâhilinde alma sorumluluğu altındadır. Nitekim Anayasa'nın 56. maddesinde devletin herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak bakımından yükümlü olduğu ifade edilmektedir.⁵⁷ Dolayısıyla düzenlemeyle bulaşıcı hastalıkların

⁵² Çakmut, s. 544.

⁵³ Kangal, s. 435.

⁵⁴ Kangal, s. 443.

⁵⁵ Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 37.

⁵⁶ Çakmut, s. 545; Hafizoğulları/Özen, s. 128; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6035-6036.

⁵⁷ VIII. Sağlık, Çevre ve Konut A. Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması Anayasa Madde 56 - "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çev-

daha fazla yayılmasının engellenmesi suretiyle toplumu oluşturan bireylerin sağlığına yönelik olası zarar ve tehlikelerin önlenmesi amaçlanmıştır.⁵⁸

Diğer yandan doktrinde ağırlıklı olarak korunması amaçlanan hukuksal değerler kamu sağlığı olduğu ifade edilmekle birlikte aksi görüşte olan yazarlarda mevcuttur. Örneğin, Alman Ceza hukukçusu Roxin'e göre Ceza hukukunda sadece bireysel hukukî yararlar korunur. Bir ceza normu farazî bir hukukî yararın korunmasına dayandırılmaz. Soyut kavramlar oluşturularak bunların hukukî yarar olarak ceza hukukuyla korunması mümkün değildir. Halk (Alm. *Volk*) kelimesinin dar anlamıyla soyut bir kavram olduğu ve gerçek anlamda fiziki varlığı bulunmadığı (Alm. *Keinen realen Körper*) için hukukî yarar "kamu sağlığının korunması" (Alm. *Volksgesundheit*) olarak değerlendirilmemelidir. Burada anlaşılması gereken husus, halka mensup birden fazla bireyin sağlığının korunmasıdır. Dolayısıyla kamu sağlığının korunması gerekçe gösterilerek ek bir cezalandırma nedeni oluşturulmamalıdır.⁵⁹ Yine Kangal tarafından bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun koruduğu hukukî değerler kamu sağlığının korunması olmadığı, bilakis toplumu oluşturan her bir bireyin sağlığı olduğu, ayrıca failin bulaşıcı bir hastalık nedeniyle alınmış karantina tedbirlerine uymayarak, karantina bölgesi içindeki ve dışındaki tüm bireylerin sağlığını tehlikeye attığı öne sürülmektedir.⁶⁰ Ayrıca Önok'a göre kamu sağlığı gibi soyut bir kavramın bir hukuksal değer olarak telakki edilmesi mümkün değildir.⁶¹

reyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir." Bu konuda Anayasamızdaki genel düzenlemenin yanı sıra 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda da (md. 57-96. ve md. 282, 284) birtakım düzenlemelere yer verildiği görülmektedir; Çakmut, s. 545.

⁵⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6035-6036; Bayzit, s. 879.

⁵⁹ Roxin, § 2, kn. 46, s. 28.

⁶⁰ Kangal, s. 435-436.

⁶¹ Önok, s. 159.

V. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi unsur

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda maddi unsur incelemesi belli bir sıraya göre yapılmıştır. Öncelikle suçun faili, mağduru, suç teşkil eden fiil ve son olarak suçun konusu incelenecektir.

1. Fail

5237 sayılı TCK'nın 195. maddesinde fail; *"yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi"* olarak ifade edilmiştir.⁶² Buna göre bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan veya uygulanan tedbirlere uymayan herkes suçun faili olabilir.⁶³ İlgili kanun maddesinde fail bakımından özel bir nitelik aranmadığından burada özgü bir suç söz konusu değildir.⁶⁴

Yetkili makamlar tarafından bulaşıcı hastalığın yayılması riskini engelleme amacıyla karantina kapsamında tedbirler ülke genelinde alınabileceği gibi sadece belirli bölgeler, mekânlar, belirli meslek ve sanatını icra edenler veya belirli tarih ve zaman aralığında ya da sadece bazı yaş grupları için uygulanması söz konusu olabilir. Bu durumda bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun faili ancak bu kişiler olabilir.⁶⁵

Yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlerin muhatabı olan kişilerin haricindeki kimselerin de bu tedbirlere aykırı davranmak suretiyle söz konusu suçun faili olması mümkündür.⁶⁶ Failin mutlaka karantinaya ilişkin tedbirin yöneldiği kişi olması veya karantina altına alınan yerde yaşaması ya da bulunması gerekli değildir.⁶⁷

Bu suçun faili kamu görevlisi de olabilir. Zira bir kamu görevlisinin de görevini yerine getirdiği esnada yetkili makamların karantinaya ilişkin tedbirlerine uymaması mümkündür. Bu durumda, şayet di-

⁶² Hafızoğulları/Özen, s. 128.

⁶³ Kangal, s. 436.

⁶⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6036.

⁶⁵ Kahraman, s. 749.

⁶⁶ Kangal, s. 437.

⁶⁷ Kangal, s. 436-437.

ğer koşullar da mevcut ise, TCK'nın 266. maddesindeki "Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır" hükmü gereğince ceza artırılabacaktır.⁶⁸

Ayrıca sadece gerçek kişiler bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun faili olabilir. Tüzel kişilerin bu suçun faili olması mümkün değildir. (TCK md. 20/2).⁶⁹

2. Mağdur

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun belirli bir mağduru bulunmamakla birlikte bu suç ile korunması amaçlanan hukuksal değer her bir bireyin sağlığıdır. Dolayısıyla toplumda yaşayan herkesin sağlığının zarar görme ihtimali bulunduğundan suçun mağduru da toplumu oluşturan üyelerin her biridir.⁷⁰ Öğretide bazı yazarlar tarafından suçun mağduru "genel anlamda tüm toplum" olarak ifade edilmektedir.⁷¹

Hafizoğulları/Özen, ise suçun mağdurunun toplum olmadığını, suçun mağdurunun, aldığı karantina tedbirlerine uyulmayan "yetkili makam, yani kamu idaresi olduğunu ileri sürmektedir.⁷² Ancak 195. maddede yer verilen suç tipi 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu sistematigi içinde *topluma karşı suçlar* arasında *kamunun sağlığına karşı suçlar* bölümünde düzenlenmiştir. Dolayısıyla 765 sayılı Eski TCK'nın aksine artık söz konusu suçun kamu idaresi aleyhine işlendiği kabul edilmediğinden, aldığı bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere uyulmamış olan kamu görevlisini suçun mağduru olarak değerlendirmemek gerekir.⁷³

⁶⁸ Kangal, s. 436.

⁶⁹ Kangal, s. 437.

⁷⁰ Kangal, s. 437.

⁷¹ Çakmut, s. 546; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6036.

⁷² "...Ancak, öteki suçlardan farklı olarak, suçun mağduru, toplum değildir. Madem suçun omurgasını "karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymamak" oluşturmaktadır, hukuki konuya rağmen, suçun mağduru, aldığı karantina tedbirlerine uyulmayan "yetkili makam", yani kamu idaresi olmaktadır. Norm koyma tekniği ile bağdaşmayan bu düzenleme Tarihi Kanun Koyucunun tutarlı bir "sistem fikrine" sahip olmadığına işaret etmektedir." Hafizoğulları/Özen, s. 128.

⁷³ Aynı yönde Kangal, s. 437.

3. Fiil

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 195. maddesinde fiil "*bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymamak*" olarak tanımlanmıştır.⁷⁴ Yetkili olmayan bir makamın aldığı karantina tedbirlerine uyulmaması bu suçu oluşturmaz.⁷⁵ Söz konusu maddede ilgili tedbirlerin ne şekilde ihlal edileceği konusunda bir sınırlama yapılmadığından bağlı hareketli bir suçtan söz edilemez. TCK'nın 195. maddesi "*tedbirlere uyulmamasını*" yeterli görmüştür. Bu nedenle yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlere maddî nitelikte olmayan, yani sözlü uymama da bu suçu oluşturur.⁷⁶

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu her türlü hareketle işlenebileceğinden serbest hareketli bir suçtur. Suçun tamamlanması için failin yetkili makamlarca alınan tedbirlere herhangi bir şekilde uymaması yeterlidir. Ayrıca alınan tedbirlere uymamak amacıyla cebir, şiddet veya tehdit kullanılmasına gerek yoktur.⁷⁷ TCK'nın 195. maddesinde somut tehlike veya zarar şeklinde bir netice aranmadığından suç soyut tehlike suçudur.⁷⁸

Yetkili makamlar tarafından karantinaya ilişkin alınan tedbirlere aykırı davranmak veya uyguladıkları tedbirlere uymamak fiilinin icraî ya da ihmali bir hareketle işlenmesi mümkündür. Mesela, failin karantina bölgesinin girişine çekilmiş şeridi kaldırarak karantina altına alınan bölgeye girmesi, karantinaya ilişkin olarak belirli yerlerde asılmış olan afiş ve levhaları indirmesi, yetkili makamın kararı olmadan bulunması gereken yerden ayrılması (fırar etmesi) icraî nitelikteki hareketlerdir.⁷⁹

⁷⁴ Yargıtay'a göre somut olayda hangi hareketlerin alınan tedbirlerin ihlali olduğunun hükümde açıkça yer alması gerekir. "Oluşa göre sanığın hareketinin ne suretle alınan tedbire fiilen mümanaat teşkil ettiği kanuna müsteniden izah edilmeksizin bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçundan sorumluluğa gidilmesi yolsuzdur." Kahraman, s. 751, dn. 56.

⁷⁵ Parlar/Hatipoğlu, s. 1463.

⁷⁶ Örneğin tedbirleri uygulamak isteyen kamu görevlilerine yönelik sürekli olarak yıldırma amacıyla bir şeyler söylenmesi de suç teşkil eder. Bununla birlikte failin alınan tedbirlere sadece uymayacağını söylemesi veya tedbirleri eleştirmesi suçun oluşması için yeterli değildir; Malkoç, s. 3233; Kangal, s. 442; Kahraman, s. 752. dn. 60.

⁷⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6037.

⁷⁸ Önok, s. 161; Kangal, s. 441; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6038; Kahraman, s. 752.

⁷⁹ Kangal, s. 441.

Buna karşılık yetkili makamlar tarafından karantina bölgesinde yaşayanlara evlerine gitmeleri emri verilmiş olmasına rağmen failin parkta oturmaya devam etmesi, özel dezenfektanlarla temizlenmesi gereken eşyaları görevlilere teslim etmemesi, karantina bölgesindeki sağlık kuruluşuna çağrıldığı hâlde gitmemesi ihmali hareketlere örnek olarak verilebilir.⁸⁰

Failin bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere uymama şeklindeki davranışı “yetkili makamlarca alınan veya uygulanan tedbirleri engellemeye elverişli” mahiyette olmalıdır. Elverişlilik objektif bir biçimde olay anındaki koşullar dikkate alınarak makul bir gözlemcinin değerlendirmesine göre tespit edilebilir.⁸¹ Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma fiilinin soyut tehlike suçu olması, böyle bir değerlendirmede bulunma gerekliliğini etkilemez.⁸² Failin gerçekleştirdiği fiilin yetkili makamlarca alınan tedbirlerin uygulanmasını engelleyecek nitelikte olduğu sonucuna varıldığında suçun varlığını kabul etmek gerekir.⁸³ Ayrıca suçun oluşması için alınan veya uygulanan tedbirlerin engellenmiş olması veya uymama şeklindeki davranışın tedbirleri alan veya uygulayan görevlilerin huzurunda gerçekleştirilmesi aranmaz.⁸⁴

Yetkili kamu görevlilerine karşı karantinaya ilişkin aldıkları ve uyguladıkları tedbirlerden dolayı failin cebir veya tehdit uygulamak suretiyle direnmesi halinde, fiil, TCK'nın 265. maddesinde tanımlanan kamu görevlisine karşı, cebir veya tehdit kullanılması suretiyle görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturur.⁸⁵ Burada artık TCK'nın

⁸⁰ Kangal, s. 441; Kahraman, s. 751; Önok, s. 171.

⁸¹ Kangal, s. 441.

⁸² Önok, s. 170.

⁸³ Kangal, s. 441.

⁸⁴ Kangal, s. 442.

⁸⁵ Görevi yaptırmamak için direnme suçu TCK madde 265- “(1) Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanarak kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesi halinde, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükümlenir. (3) Suçun, kişinin kendisini tanınamayacak bir hale koyması suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. (4) Suçun, silahla ya da var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (5) Bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”; Çakmut, s. 548.

195. maddesinde düzenlenen bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçuna ilişkin hükümler uygulanmaz.⁸⁶

4. Suçun Konusu

Suçun maddi unsurlarından biri de suçun konusudur. Konusu bulunmayan bir suçun varlığından bahsedilemeyecektir.⁸⁷ Fail tarafından gerçekleştirilen hareket, bir eşyaya ya da bir kişinin fiziki, maddi yapısına veya vücut bütünlüğüne yönelik olabilir.⁸⁸ Örneğin, hırsızlık suçunda suçun konusu bulunduğu yerden alınan taşınabilir eşya,⁸⁹ mala zarar verme suçunda ise suçun konusu taşınır veya taşınmaz maldır. Bazı suçlarda suçun konusu ile mağdur birbirinden farklı olabilir. Örneğin, kasten yaralama suçunda mağdur yaralanan kişidir. Suçun konusu ise, bu kişinin vücududur.⁹⁰

Öğretide suç konusunun üzerindeki etkinin yoğunluk biçimine göre, suçlar “zarar suçu” ve “tehlike suçu” şeklinde bir ayrıma tâbi tutulmaktadır.⁹¹

Tehlike suçları kendi içinde, “soyut tehlike suçları” ve “somut tehlike suçları” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Kanun koyucu soyut tehlike suçlarında suçun kanuni tanımındaki hareketin yapılmasıyla suç konusu bakımından bir tehlikenin ortaya çıkacağını varsaymaktadır.⁹² Soyut tehlike suçlarında suçun kanuni tanımında yer alan fiilin icra edilmesi suçun tamamlanması için yeterlidir. Soyut tehlike suçları, biçimsel (neticesi harekete bitişik) suçlardır.⁹³ Bu sebeple somut tehlike suçlarında olduğu gibi hâkim tarafından suç konusu üzerinde gerçekten bir tehlikenin meydana gelip gelmediğinin yani nedensellik ilişkisinin ayrıca araştırılıp tespit edilmesine gerek yoktur.⁹⁴

⁸⁶ Kangal, s. 442.

⁸⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 374.

⁸⁸ Özgenç, s. 219.

⁸⁹ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 14. Baskı, Der Yayınları, Cilt II, İstanbul, 2019, s. 33.

⁹⁰ Özgenç, s. 219-220.

⁹¹ Özgenç, s. 220.

⁹² İçel, s. 276; Özgenç, s. 221.

⁹³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 256.

⁹⁴ İçel, s. 276; Özgenç, s. 221.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu, yukarıda da ifade edildiği gibi soyut tehlike suçudur.⁹⁵ Söz konusu tedbirlere aykırı davranma suçu, bir yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlerin ihlal edilmesi halinde işlenebilir. Zira TCK'nın 195. maddesinde "*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair*" tedbirlerden bahsedilmektedir.

Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan dolayı ölmüş bir kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan ve ihlal edilen (kendisine uyulmayan) tedbirler bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun konusunu oluşturur.⁹⁶ Bu suçun oluşması için somut bir tehlikenin veya zararın ortaya çıkması şart değildir. Yetkili makamlarca alınan tedbirlere uyulmaması yeterlidir.⁹⁷ Bir yerde TCK'nın 195. maddesi kapsamında yetkili makamlarca karantina ilan edilmemişse, ortada yetkili makamlarca alınan ve ihlal edilen herhangi bir tedbir bulunmadığından suçun oluşması da mümkün değildir.⁹⁸

B. Manevi Unsur

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 195. maddesinde düzenlenen bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Buradaki kast, bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirleri failin bilmesi ve bu tedbirlere bilerek ve isteyerek uymamasıdır.⁹⁹ Söz konusu suç bakımından genel kastın varlığı yeterli olup ayrıca failin özel bir saik ile suçu işlemesi gerekli değildir.¹⁰⁰ Ayrıca fiilin taksirli şekli suç olarak TCK'nın 195. maddesinde tanımlanmamıştır.¹⁰¹

⁹⁵ Kangal, s. 437.

⁹⁶ Kangal, s. 443; Önok, s. 161; Kahraman, s. 747-748; Bayzit, s. 877.

⁹⁷ Kangal, s. 443.

⁹⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6036 - 6037.

⁹⁹ Hafızoğulları/Özen, s. 129.

¹⁰⁰ Hasan Gerçekler, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt II, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 1838; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6038; Kangal, s. 443.

¹⁰¹ Kangal, s. 443.

Yukarıda da belirtildiği gibi bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere aykırı davranma suçu kasten işlenebilen bir suç olduğundan fail bilerek ve isteyerek bu tedbirlere uymamalıdır.¹⁰² Karantinaya ilişkin yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlerin halka çeşitli vasıtalarla duyurulması gerekmektedir.¹⁰³ Örneğin bölgenin giriş ve çıkışına işaret veya uyarı levhaları konulması, duyuru amacıyla kolluk güçleri ya da zabıta tarafından anonslar yapılması, radyo ve televizyonlardan alınan tedbirlerin ilân edilmesi veya cep telefonlarına kısa mesaj gönderilmesi vs. şeklinde alınan tedbirler duyurulabilir. Yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlerin duyurulmamış olması ya da duyurulmuş olmasına rağmen kişinin içinde bulunduğu durum veya imkânsızlıklar nedeniyle bu tedbirlerin öğrenilememesi nedeniyle, suçun maddi konusunda hata yapıldığı kabul edilerek failin kastından söz edilemeyecektir.¹⁰⁴

Ceza hukukunda ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler arasında kabul edilen hata, 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde dört fıkra halinde düzenlenmiştir. Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. (TCK md. 30/1). Bu kanun hükmü gereğince kişinin karantina altına alınan bölgenin sınırlarını yanlış değerlendirmesi halinde suçun maddi koşullarında hata gereğince kastının ortadan kalktığı kabul edilmelidir.¹⁰⁵ Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda nitelikli hal bulunmadığından failin nitelikli hallerde hataya düşmesi mümkün olmaz. (TCK md. 30/2). Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlan-

¹⁰² Kangal, s. 442.

¹⁰³ Çakmut, s. 549; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6038.

¹⁰⁴ Kangal, s. 443; bkz Hafızoğulları/Özen, s. 129; Kişinin, yetkili makamların aldığı önlemleri bilmemesi hali 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md. 30/1'e değil md. 30/4'e göre değerlendirilmelidir. Dördüncü fıkra gereğince hatası kaçınılmaz ise cezalandırılmaz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md. 4'e göre ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmamasına rağmen kişinin içinde bulunduğu ortam nedeniyle tedbirleri öğrenme imkânsızlığı yaşaması halinde diğer ifadeyle fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşülürse bu hatasından yararlanır ve sorumluluğuna gidilemez.

¹⁰⁵ Kangal, s. 443.

nacaktır. (TCK md. 30/3). Örneğin kanun hükmü gereğince karantina bölgesine girme ya da çıkma konusunda kendisinin yetkili olduğunu düşünen kamu görevlisinin hatası kaçınılmaz ise fiili, karantina tedbirlerinin ihlali sayılmaz, hatasından yararlanacaktır. İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmayacaktır. (TCK md. 30/4). Örneğin, karantina önlemlerini bilmesine rağmen küçükbaş hayvanlarını olatmaya götürme ya da arazisini sulamak için karantina bölgesi dışına çıkan kişinin fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmemesi kabul edilebilir bir hata olarak değerlendirilmelidir.

5237 sayılı TCK'nın kusur yeteneğini etkileyen yaş küçüklüğü (TCK md. 31), akıl hastalığı (TCK md. 32), sağır-dilsizlik (TCK md. 33) ve geçici bir nedenle, alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinde önemli derecede azalma olma (TCK md. 34) hallerinin bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu bakımından da uygulanması mümkündür.¹⁰⁶

Diğer taraftan bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun TCK'nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükümleri bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Haksız tahrikten bahsedebilmek için mağdurdan kaynaklanan ve failde hiddet veya şiddetli elem meydana getiren haksız bir fiilin mevcut olması ve suçun işlendiği anda failin bu durumun etkisi altında bulunması gerekmektedir. TCK'nın 195. maddesi kapsamında yetkili makamların bir yerin karantina altına alınmasına dair aldıkları tedbirler haksız bir fiil olarak nitelendirilemez.¹⁰⁷ Dolayısıyla kişinin kendi üzerinde hiddet veya şiddetli elem meydana getirdiğini gerekçe göstererek yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymaması hâlinde haksız tahrik hükümlerinden yararlanabilmesi mümkün olmayacaktır. (TCK md. 29).¹⁰⁸

Kangal'a göre yetkili makamlar tarafından alınan karantina tedbirlerini uygulamakla görevli kişinin görevinin sınırlarını aşarak veya keyfi hareketlerde bulunarak haksız fiile neden olması durumuna tepki olarak, alınan tedbirlere uymayan fail haksız tahrik indiriminden

¹⁰⁶ Kangal, s. 443.

¹⁰⁷ Kangal, s. 444.

¹⁰⁸ Bayzit, s. 883; Kangal, s. 444.

istifade edebilecektir.¹⁰⁹ Kahraman'a göre ise yetkili makamlar tarafından alınan karantina tedbirlerini uygulamakla görevli kişiye, tedbirleri uygularken keyfi hareket ettiğinde, görevlinin haksız uygulamalarına karşı tepki olarak, alınan tedbirlerin ihlal edilmesi halinde haksız tahrik indirimi uygulanmamalıdır. Zira haksız tahrikte tepkinin, haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelik olması gerekir. Görevlinin, aşırı, orantısız veya keyfi uygulamaları her ne kadar haksız fiile neden olsa da haksız tahrikten yararlanılabilmesi için tepkinin görevliye verilmesi gerekir. Oysa tepkinin, karantina altına almak amacıyla yetkili makamlarca alınan tedbirlere yönelik verilmesi halinde, tepki üçüncü kişiye verilmiş olacağından haksız tahrik hükümlerinden yararlanılabilmesi mümkün olmaz. Görevlinin haksız uygulamalarına karşı görevliye verilen tepki, fiilin niteliğine göre hakaret,¹¹⁰ tehdit,¹¹¹ kasten yaralama¹¹² veya kasten öldürme suçlarını oluşturabilir. Bu durumda sayılan suçlar, görevlinin haksız fiiline tepki olarak işleneceğinden, fail hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına bir engel yoktur.¹¹³

¹⁰⁹ Kangal, s. 444.

¹¹⁰ Bkz. "Tüm söz ile davranışlarının hakaret kastına dayalı olup olmadığı tartışılmadan yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde görevi yaptırmamak için direnme suçundan da mahkûmiyet hükmü kurulması," Yar. 5. CD, E.2013/8093, K.2014/12058, 02.12.2014; Ramazan Keklik, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2015, C. 19, S. 4, s. 287, dn. 122.

¹¹¹ "Sanığın, hakkında adli rapor düzenlenmesi için hastaneye götürüldüğünde, şikâyetçi M. N.'in sanığın tüm şikâyetlerini rapora yazacağını belirtmesine rağmen, sanığın şikâyetçiye kolunu hiç kullanmadığını tekrarlayarak rapora bu hususu yazdırmak istediğini beyan ettiği, ancak muayene olmak için sedyeye oturmadığı, bu nedenle müştekinin sanığın muayenesini yapamadığı, ardından sanığın şikâyetçiye "ben kolumu feda ettim, seni mi feda etmeyeceğim, seninle görüşeceğiz" şeklinde tehdit eyleminde bulunduğuun anlaşılması ve sanığın bu eylemini müştekinin görevini yaptırmamak amacıyla gerçekleştirmemesi karşısında, tehdit yerine, görevi yaptırmamak için direnme suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması," Yar. 18. CD, E.2015/19047, K.2015/1279, 12.05.2015; Keklik, s. 280, dn. 93.

¹¹² "... sanığın aşamalarda savunmalarında karakola gelinceye kadar herhangi bir eyleminin olmadığını, polis merkezinde işlem yapıldığı sırada bacak bacak üstüne attığı için polis memurlarından birisinin ayağına tekme attığını ve kendisini iteklediğini bunun üzerine polis memuruna vurduğunu belirtmesi ve dosyada mevcut adli raporların savunmasını doğrular mahiyette olması karşısında eylemin haksız tahrik altında kamu görevlisini kasten yaralama suçlarını oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılığın değerlendirme sonucu yazılı şekilde görevi yaptırmamak için direnme suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi," Yar. 5. CD, E.2013/809, K.2014/4286, 16.04.2014; Keklik, s. 279, dn. 86.

¹¹³ Kahraman, s. 754.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun asli unsurlarından biri de fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Fiil hukuka aykırı değilse ya da fiili hukuka uygun hale getiren bir neden varsa, suç da oluşmayacaktır.¹¹⁴ Hukuka aykırılıktan bahsedebilmek için iki şartın bir arada bulunması gerekir. Bunlardan ilki fiilin hukuk kuralları ile çelişki ve çatışma halinde olması, diğeri ise hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir nedenin, daha farklı bir ifade ile fiilin yapılmasına hukuk düzenince cevaz veren başka bir kuralın bulunmamasıdır.¹¹⁵ 5237 sayılı TCK'nın genel hükümler bölümündeki hukuka uygunluk nedenlerinin bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu bakımından uygulama alanı bulabileceği değerlendirilmekle birlikte bazı hukuka uygunluk nedenlerinin bu suç kapsamında uygulanabilirliği konusunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmektedir. TCK md. 195 açısından hukuka uygunluk nedenlerine başvurmanın pratikte mümkün olmadığını belirten yazarlar¹¹⁶ olduğu gibi hukuka uygunluk nedenlerinin bu suçla bağdaşmadığını ancak zorunluluk halinin bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu bakımından devreye girmesini mümkün bulan yazarlarda mevcuttur.¹¹⁷

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu TCK md. 24/1'deki *"kanun hükmünün yerine getirilmesi"* kapsamında işlenmiş ise hukuka uygun olabilir. Kanunun hükmünün yerine getirilmesi durumunda kanun koyucu kanunun hükmünü yerine getiren kimse bakımından sorumluluğu kabul etmemiş ve fiili suç olmaktan çıkarılmıştır.¹¹⁸ Örneğin kanun gereğince karantina bölgesine girme yetkisine sahip kamu görevlilerinin¹¹⁹ görevleri gereği ve bu sınırlar içerisinde

¹¹⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s. 280.

¹¹⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s. 281.

¹¹⁶ Önok, s. 174.

¹¹⁷ Öğretilerde bazı yazarlara göre; "hukuka uygunluk nedenleri kural olarak uygulama alanı bulabilir", Çakmut, s. 548; Kangal, s. 444; bir diğer görüşe göre ise, hukuka uygunluk nedenleri bu suçla bağdaşmamaktadır, fakat zorunluluk halinin devreye girmesi mümkündür; Hafızoğulları/Özen, s. 124.

¹¹⁸ Soyaslan, s. 361.

¹¹⁹ 5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde ceza kanunlarının uygulanmasında "kamu görevlisi"; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olarak tanımlanmıştır.

kalan fiilleri hukuka uygun kabul edilmektedir.¹²⁰ Kanun'un hükmünü yerine getiren kimsenin fiilinin hukuka uygun sayılabilmesi için iki şart gereklidir. Bunlar; İşlenen fiil ile ilgili bir kural veya hüküm bulunmalı, ilgili kişi bu hükmün ya da kuralın gereğini yerine getirmeli ya da hükmü yerine getiren kimsenin o hükmün muhatabı olması gerekmektedir. Zira hiç kimse, kendisine kanunda tanınmamış olan bir yetkiyi kullanamaz.¹²¹ Bu şartlardan birinin eksikliği fiili hukuka uygun olmaktan çıkarır ve muhatabın mukavemet hakkını hukuka uygun hale getirir.¹²²

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda kural olarak TCK md. 25/1'deki meşru savunma hükümleri uygulanmaz. Meşru savunma; kişinin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelmiş haksız bir saldırıyı defetmek amacıyla yapmış olduğu fiillerden dolayı cezalandırılmamasını ifade eder.¹²³ Meşru savunmanın sözkonusu olabilmesi için haksız bir saldırının bulunması gerekmektedir. Kamu görevlisi tarafından yerine getirilen kamu görevi kapsamındaki bulaşıcı hastalıklara ilişkin alınan veya uygulanan tedbirler bir kanun hükmüne dayandığından "haksız bir saldırı" olarak nitelendirilmemelidir.¹²⁴ Zira TCK md. 195'in cezalandırmak istediği fiil, hukuka uygun bir tedbire uyulmaması halidir.¹²⁵ Ancak yetkili makamların görevlerinin sınırlarını aşmaları ya da kendi görev kapsamına girmeyen konularda tedbirlere başvurmaları veya keyfi davranışlarda bulunmaları hali "haksız bir saldırı" olarak dikkate alınacak ve buna karşı yapılacak savunma hareketi niteliğindeki tedbirlere uymama fiili meşru savunma kapsamında değerlendirilecektir.¹²⁶

Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk ya da zaruret hali, (TCK md. 25/2) bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu bakımından mümkündür.¹²⁷ Zorunluluk ya da zaruret hali, bir

¹²⁰ Kangal, s. 444.

¹²¹ Soyaslan, s. 362; Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2015, s. 214.

¹²² Soyaslan, s. 362.

¹²³ Soyaslan, s. 369.

¹²⁴ Kangal, s. 446.

¹²⁵ Aynı doğrultuda Hafızoğulları/Özen, Özel Hükümler, s. 124.

¹²⁶ Kangal, 446; Önok, s. 175.

¹²⁷ Hafızoğulları/Özen, Özel Hükümler, s. 129.

kimsenin bilerek neden olmadığı bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarmak zorunluluğu karşısında, suç teşkil eden ve tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde olan bir fiili işlemesi zorunluluğunu gerektiren durum şeklinde tanımlanabilir.¹²⁸ Yetkili makamlarca alınan veya uygulanan tedbirlere uymama hareketinin, ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu altında ve toplum sağlığından önemli derecede daha üstün hukukî bir yararı korumak için gerçekleştirilmesi durumunda, başka bir ifadeyle kişinin sağlık hakkından daha önemli bir hukuksal değerini yani yaşam hakkının korunması mevzu bahis ise¹²⁹ zorunluluk hâli gereğince fiil hukuka uygun olacağından suç oluşmayacaktır. Örneğin, karantina altına alınan bölgede deprem, doğalgaz sızıntısı oluşması, yangın çıkması, patlama vs. nedeniyle kişinin karantina bölgesi dışına çıkması ya da kendisini kovalayan sokak hayvanlarından kurtulmak isterken karantina bölgesine girmek durumunda kalması halinde TCK'nın 25. maddesinin 2. fıkrasındaki diğer koşulların gerçekleşmesi kaydıyla fiil hukuka uygun olacaktır.¹³⁰

Diğer taraftan genel olarak kişinin bir hakkını kullanması, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Hukuk düzeni bir kimseye belirli bir hakkı kullanma yetkisi verirken, o hakkın icrasını da hukuka uygun saymıştır.¹³¹ TCK md. 26/1'deki hakkın kullanılması TCK md. 195'teki suç tipi bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez. TCK md. 26/1 anlamında hakkın kullanılabilmesi için hukuk düzenince kabul edilen sübjektif bir hakkın bulunması ve bu hakkın fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilir olması gerekir. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranılması TCK md. 195'e göre suç sayılmıştır. Söz konusu davranışın bir hakkın kullanılması olarak kabul edilmesi düşünülemez.¹³²

Ayrıca mağdurun ya da ilgili kişinin rızasının olmayışı suçun varlığı için gerekli olduğundan ceza hukukunda ilgilinin rızası oldukça önemlidir. Suçla korunan hukuki menfaatin sahibi, menfaatin ihlaline

¹²⁸ Demirbaş, s. 293-294.

¹²⁹ Önok, s. 176.

¹³⁰ Kangal, s. 445.

¹³¹ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara, 2009, s. 425; Özgenc, s. 323.

¹³² Kangal, s. 445-446; Kahraman, s. 753.

rıza gösterdiğinde, bu rıza hukuka aykırılık unsuruna etki etmekte ve fiili hukuka uygun hale getirmektedir.¹³³ İlgilinin gösterdiği rıza her durumda bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaz. İlgilinin rızasının işlenen fiili hukuka uygun hale getirebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Rıza beyanının bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için, öncelikle, kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir konunun bulunması gerekir.¹³⁴ Devletin ve toplumun menfaatini doğrudan etkileyen ve bu menfaatlara zarar veren hallerde suçtan birinci derecede zarar gören devlet ve toplum olduğu için ilgilinin rızasının varlığı dikkate alınmaz.¹³⁵ Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda suçun belirli bir mağduru olmayıp, suç toplumu oluşturan herkese karşı işlendiğinden TCK md. 26/2'deki "ilgilinin rızası" hukuka uygunluk nedeni olarak bu suç tipinde uygulama alanı bulamaz.¹³⁶

V. SUÇA ETKİ EDEN HALLER

5237 sayılı TCK'nın 195. maddesinde herhangi bir ağırlaştırıcı ya da hafifletici sebebe yer verilmemiştir. Ancak bir kamu görevlisinin görevi gereği elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun işlenmesi sırasında kullanması halinde, diğer bir ifadeyle somut olayda TCK'nın 266. maddesi hükmünün uygulanma ihtimali mevcutsa failin cezası artırılabilecektir.¹³⁷

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

5237 sayılı Kanun'un 195. maddesinde yer verilen bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu yukarıda da belirtildiği gibi hareket suçudur.¹³⁸ Suçun tamamlanması için alınan tedbirlere aykırı hareketin varlığı yeterlidir.¹³⁹ Bu tür suçlarda hareket tamam-

¹³³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 459.

¹³⁴ Koca/Üzülmez, s. 292.

¹³⁵ Soyaslan, s. 356.

¹³⁶ Kangal, s. 446; Önok, s. 175; Kahraman, s. 753.

¹³⁷ Kangal, s. 446; Önok, s. 177.

¹³⁸ Kangal, s. 441.

¹³⁹ Kangal, s. 441-442.

landığında suç da tamamlanmış olur. Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan veya uygulanan tedbirlere failin herhangi bir şekilde uymaması hâlinde suç tamamlanır. İcra hareketlerinin failin elinde olmayan istisnai bir nedenden dolayı suçun tamamlanamaması hâlinde teşebbüs hali söz konusu olacaktır. Örneğin, karantina altına alınan demir bariyerlerle çevrilmiş bölgeye girmek için bariyeri aşmaya çalışırken ya da karantina altında tutulduğu bölgeden yetkililerden izin almadan ayrılmak için bariyerlerden atlamaya çalışırken güvenlik görevlileri tarafından yakalanması halinde kişi suça teşebbüsten sorumlu olacaktır.¹⁴⁰

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu bakımından gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür.¹⁴¹ Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır (TCK md 36).¹⁴² Örneğin karantina altında tutulduğu yerden ayrılmak isteyen kişi, yetkili görevlileri yaralayarak hareketini gerçekleştirmek üzereyken vazgeçmiş olduğunda bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçuna teşebbüsten sorumlu olmaz ancak kasten yaralama suçundan sorumlu olur.¹⁴³ Diğer taraftan failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için kanunda bunun açıkça öngörülmesi gerekir. TCK'nın 195. maddesinde etkin pişmanlığa yer verilmediğinden bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçuyla ilgili olarak failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi mümkün bulunmamaktadır.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu, alınantedbirlerin ihlal edilmesi halinde tamamlanır. Zarar suçu olmadığından hareket ile netice birbirinden ayrılamaz, hareket kısımlara bölünemez. İcra hareketleri kısımlara bölünemeyeceği için suça teşebbüsün mümkün olmadığı yönünde görüşler için bkz. Hafızoğulları/Özen, s. 129; Kangal, s. 442; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6038; Çakmut, s. 550.

¹⁴¹ Kangal, s. 442-443.

¹⁴² Hüseyin Acar, Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme Kurumu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 41-55.

¹⁴³ Kahraman, s. 756.

¹⁴⁴ Kahraman, s. 756.

B. İçtima

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin yetkili makamlarca birden fazla yerde alınan karantina tedbirlerine failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda birden fazla defa uymaması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. (TCK md. 43/1) Burada her biri aynı suçu oluşturan birden fazla fiil vardır. Buna göre faile gerçek içtima başvurulmak suretiyle fiil adedince ceza verilecektir. Ancak aynı karantina bölgesine yönelik olarak alınan tedbirlere fail arka arkaya uymazsa fiilin tekliği ilkesi söz konusudur ve tek bir suç işlenmiş olur. Hukuki anlamda tek bir fiil söz konusu ise failin cezası zincirleme suç hükümlerine göre arttırılmaz.¹⁴⁵

Yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayarak başkalarına hastalık bulaştırması halinde meydana gelen neticeye göre, fail hakkında kasten hareket etmişse kasten yaralama¹⁴⁶ (TCK md. 86- 88), başka bir insanı hasta etme kastıyla hareket etmemesine rağmen gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek tedbirleri ihlal etmişse taksirle yaralamaya (TCK md. 89) dair hükümler uygulanır.¹⁴⁷ Bu durumda asli normun bulunduğu hallerde, tali normun fiile uygulanması mümkün olmadığından (yardımcı normun sonralığı ilkesi gereğince)¹⁴⁸ ayrıca TCK md. 195'e başvurulmaz.¹⁴⁹

Diğer taraftan TCK md. 195 anlamında alınan tedbirler bir kamu görevlisine yönelik olarak cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ihlal edildiğinde TCK'nın "görevi yaptırmamak için direnme" başlıklı 265. maddesinin¹⁵⁰ ilk fıkrasında belirtilen "*Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" hükmü gereğince fail, farklı neviden fikri içtima kuralına göre cezası daha fazla olan görevi yaptırmamak için direnme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. TCK'nın 265. maddesinde ifade edilen suçun "*pasif mukavemet*" şeklindeki davranışla işlenmesi mümkün olmayıp failin mutlaka "cebir veya tehdit" kul-

¹⁴⁵ Kangal, s. 446; Önok, s. 178.

¹⁴⁶ Çakmut, s. 550; Bayzit, s. 889.

¹⁴⁷ Kangal, s. 447; yaralama bakımından aynı yönde Çakmut, s. 550.

¹⁴⁸ Demirbaş, s. 525-526.

¹⁴⁹ Kangal, s. 447.

¹⁵⁰ Aynı yönde Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6038; Çakmut, s. 548; Kangal, s. 442; Hafızoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 213.

lanmış olması gerekir.¹⁵¹ Görevi yaptırmamak için direnme suçunun mağdurunun kamu görevlisi olması gerekir. Kamu görevlisi, TCK'nın 6/1-c maddesinde "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" olarak tanımlanmıştır.¹⁵² Yetkili makamlar tarafından alınan karantina tedbirlerini uygulamakla görevli kişi, devlet memuru olsun ya da olmasın TCK md. 6/1-c kapsamında kamusal faaliyete katıldığı için kamu görevlisi sayılacaktır.¹⁵³

Fail yetkili makamlarca alınan tedbirleri uygulamak isteyen kamu görevlilerine hakaret ederek tedbirlerin uygulanmasını engellemişse, fiil aynı zamanda kamu görevlisine hakaret suçunu (TCK md. 125/3-a) meydana getireceğinden farklı neviden fikri içtima kuralı gereğince cezası daha ağır olan TCK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendi uygulama alanı bulacaktır.¹⁵⁴

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymamaya dönük davranış mala zarar vermek şeklinde gerçekleşirse (örneğin, karantina bölgesindeki bariyerleri kırıp parçalamak suretiyle alınan tedbirleri ihlal ederse) fail bu hareketleri ile hem mala zarar verme suçunu hem de bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunu işlemiş olur. Bu durumda TCK'nın 44'üncü maddesinin uygulanması mümkündür. Farklı neviden fikri içtima kuralına göre fail TCK'nın 152/1-a maddesi hükmü gereğince cezası daha ağır olan mala zarar verme suçundan sorumlu tutulacaktır.¹⁵⁵

TCK'nın 195. maddesinde yer alan bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma fiili aynı zamanda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun İkinci Kısmının 32. maddesinde "Emre Aykırı Davranış" başlığıyla kabahat olarak düzenlenmiştir.¹⁵⁶ Buna göre, kanunda gös-

¹⁵¹ Önok, s. 178.

¹⁵² Kahraman, s. 758.

¹⁵³ Kahraman, s. 758.

¹⁵⁴ Kangal, s. 447.

¹⁵⁵ Kangal, s. 447.

¹⁵⁶ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesi şu şekildedir; "Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir" (f. 1). "Bu madde, ancak ilgili kanun'da açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanabilir" (f. 2).

terilen durumlarda idare tarafından genel sağlığın korunması amacıyla ilân edilen genel nitelikteki hukuka uygun olarak verilen emirlerle aykırı hareket edilmesi hâli hem kabahat teşkil etmekte ve idarî para cezasını gerektirmekte hem de TCK'nın 195. maddesindeki suç oluşturmuştur. Bu durumda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrasındaki *"bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir"* kuralı gereğince TCK'nın 195. maddesi uygulama alanı bulacaktır.¹⁵⁷ Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda karşılık gelen yaptırım uygulanır.¹⁵⁸

Bulaşıcı ve salgın hastalıklardan dolayı bir yerin karantina altına alınmasına ve uygulanacak tedbirlere ilişkin düzenlemeler 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 72. Ve 73. maddelerinde yer almaktadır. Yine 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 282. maddesinde ise; (Değişik madde: 23.01.2008 5728 S.K./madde 48) *"Bu Kanunda yazılı olan yasaklara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlara, fiilleri ayrıca suç oluşturmadığı takdirde, 789 Türk Lirasından 3.180 Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir"*¹⁵⁹ hükmü getirilmiştir. Maddede yer verilen *"fiilleri ayrıca suç oluşturmadığı takdirde"* ifadesinden yola çıkarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrasını dikkate almaksızın asli norm olan TCK'nın 195. maddesinin uygulanacağı sonucunu çıkarmak mümkündür.¹⁶⁰

C. İştirak

5237 sayılı TCK'nın 195. maddesindeki bulaşıcı hastalıklara ilişkin karantina tedbirlerine birden fazla kişi iştirak hâlinde aykırı davranmış olabileceği gibi biri, diğersinin fiiline fail, fiile katkılarına göre azmettiren

¹⁵⁷ Kangal, s. 448.

¹⁵⁸ Malkoç, s. 3233.

¹⁵⁹ 31.3.2005 Tarih ve 25772 (Mükerrer) sayı Resmî Gazetede yayımlanan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "İdarî para cezası" başlıklı 17/7 maddesinde ise "İdarî para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298'inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır. Bu suretle idarî para cezasının hesabında bir Türk Lirasının küsuru dikkate alınmaz. Bu fıkra hükmü, nispi nitelikteki idarî para cezaları açısından uygulanmaz" hükmü bulunmaktadır.

¹⁶⁰ Önok, s. 180; Kangal, s. 447.

ya da yardım eden olarak iştirak etmiş de olabilir.¹⁶¹ Anılan maddede iştirake ilişkin özel düzenleme öngörülmediğinden iştirak konusunda ceza kanunumuzdaki genel kurallar uygulanacaktır.¹⁶² Suçun kanuni tanımında yer alan fiili aralarında anlaşmak ve işbirliği yapmak suretiyle iştirak iradesiyle birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri müşterek faildir ve her bir suç ortağı fail statüsünde işlenen hukuka aykırı fiilden sorumlu olur. (TCK md. 37/1) Örneğin faili yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymamaya teşvik eden kişi azmettiren olarak cezalandırılacaktır. (TCK md. 38) Yetkili makamlarca karantina bölgesinin etrafına yerleştirilen demir bariyerleri aşmak için faile merdiven tedarik eden veya kendini sağlık çalışanı olarak tanıtarak karantina bölgesinden kaçmasını sağlamak amacıyla faile uygun kıyafet temin eden kimse ise, yardım eden olarak cezalandırılacaktır. (TCK md. 39).¹⁶³

VII. YAPTIRIM

TCK'nın 195. Maddesinde bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlerle aykırı davranma suçu için öngörülmüş yaptırım iki aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun yaptırımı sadece hapis cezası olarak belirlenmiş, ayrıca adli para cezası öngörülmemiştir. Bu madde kapsamında öngörülen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası TCK'nın 49. maddenin 2. fıkrasına göre kısa süreli hapis cezası olduğu için TCK'nın 50. maddesinde belirtilen seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Yine mahkemece, TCK'nın 51. maddesine göre hapis cezası ertelenebilir.¹⁶⁴ TCK'nın 62. maddesinde yer verilen taksiri indirim nedenleri bu suç tipi için de uygulanabilir.¹⁶⁵ 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesindeki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Cezasının üst sınırı iki yılı aşmayan hapis cezası olduğundan CMK'nın 251. maddesinin 1. fıkrasına göre yargılamada basit yargılama usulü uygulanabilir. TCK'nın 266. maddesine göre bir kamu görevlisi görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri suçun işlenmesi sırasında kullanmışsa, verilecek ceza üçte bir oranında arttırılacaktır.¹⁶⁶

¹⁶¹ Çakmut, s. 551.

¹⁶² Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6038; Çakmut, s. 551; Kangal, s. 449; Arslan/Azizağaoğlu, s. 819.

¹⁶³ Kangal, s. 449.

¹⁶⁴ Çakmut, s. 551; Kahraman, s. 759.

¹⁶⁵ Çakmut, s. 550.

¹⁶⁶ Kangal, s. 449; Bayzit, s. 886.

VIII. ZAMANAŞIMI

Dava zamanaşımı, suçun işlendiği tarihten itibaren belli bir süre geçtiği halde dava açılmamış veya dava açılmasına rağmen kanuni süre içinde sonuçlandırılmamış ise ceza davasının düşmesi sonucunu doğuran bir ceza hukuku kurumudur.¹⁶⁷ Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda dava zamanaşımı süresi sekiz yıl olduğundan, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu için yapılan yargılamalarda dava zamanaşımı süresi suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıl olarak uygulanmalıdır.¹⁶⁸

IX. YARGILAMA

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun soruşturulması ve kovuşturulması suçtan zarar görenin şikâyetine bağlı değildir. Bu suçlar resen soruşturma ve kovuşturmaya tabidir. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun'un 11. maddesi bakımından davaya bakmaya asliye ceza mahkemeleri yetkilidir. Yer bakımından yetkili mahkeme, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere fail tarafından uyulmayan veya tedbire aykırı harekette bulunulan yer mahkemesidir.¹⁶⁹

Suç ön ödeme ve 5271 sayılı Kanun'un 253. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde yer alan katalog suçlar içerisinde yer almadığından uzlaştırma kapsamında da değildir.¹⁷⁰

X. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu ülkelerin mevzuatlarında çeşitli şekillerde düzenlenmiştir. Kıta Avrupası hukuk sistemleri içerisinde yer alan Almanya, Avusturya, İsviçre, İtalya, Fransa gibi çeşitli ülkelerin konuya ilişkin düzenlemeleri aşağıda sırasıyla incelenecektir.

¹⁶⁷ İçel, s. 759; Soyaslan, s. 592-593; Özgenç, s. 952-953.

¹⁶⁸ Kahraman, s. 760.

¹⁶⁹ Önok, s. 180; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6039.

¹⁷⁰ Çakmut, s. 552.

Alman Ceza Kanunu'nda, (*Strafgesetzbuch-StGB*) bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek amacıyla alınan tedbirlerin ihlal edilmesinin cezalandırılmasına yönelik herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Enfeksiyon hastalıklarını önleme ve bu hastalıklarla mücadele amacıyla özel ceza kanunu niteliğinde hazırlanan ve 01.01.2001 tarihinde yürürlüğe giren Enfeksiyon Hastalıklarından Korunma Kanunu'nda (*Infektionsschutzgesetz-IfSG*) anılan hükümler düzenlenmiştir. Söz konusu kanun son bir yıl içinde Alman Federal Meclisi (*Deutscher Bundestag*) tarafından 3 kez değiştirilmiştir. Ülke geneline yayılan salgın hastalıklardan halkın korunması başlığı altında yapılan ilk değişiklik 27.03.2020¹⁷¹ tarihinde, ikincisi 19.05.2020¹⁷² tarihinde, üçüncüsü ise 18.11.2020¹⁷³ tarihinde yapılmıştır. Bulaşıcı hastalıklarla mücadele başlıklı 5. Bölümün (*Abschnitt Bekämpfung übertragbarer Krankheiten*) 28a maddesinde COVID-19 salgınının önlenmesi için özel koruma tedbirleri (*Besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit 2019*) ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek amacıyla yürürlüğe konulan Enfeksiyon Hastalıklarından Korunma Kanunu'nun 73. maddesinde idari para cezaları (*§73 Bußgeldvorschriften*), 74. maddesinde cezai müeyyideler (*§74 Strafvorschriften*), ek cezai müeyyidelerin düzenlendiği 75. maddesinin 1. fıkrasına göre ise alınmış olan karantina tedbirlerinin ihlali halinde, iki yıla kadar hapis veya para cezası verilebilmektedir.¹⁷⁴

Avusturya Ceza Kanunu'nun 178. maddesinde insan sağlığının bulaşıcı hastalıklarla kasten tehlikeye atılması suçu düzenlenmiştir. (*Vorsätzliche Gefährdung von Menschen durch übertragbare Krankheiten*) Buna göre her kim insanlar arasında bulaşıcı bir hastalığın yayılmasına neden olabilecek bir davranışta bulunursa üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Bu maddede belirtilen fiillerin ihmalî hareket-

¹⁷¹ Alman Federal RG. 27.03.2020, S. 587, (Bundesgesetzblatt-BGBl. I 2020 S. 587; Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite).

¹⁷² Alman Federal RG. 19.05.2020, S. 1018, (Bundesgesetzblatt-BGBl. I 2020 S. 1018; Zweites Gesetz).

¹⁷³ Alman Federal RG. 18.11.2020, S. 2397, (Bundesgesetzblatt-BGBl. I 2020 S. 2397; Drittes Gesetz).

¹⁷⁴ Alman Enfeksiyon Hastalıklarından Korunma Kanunu; Infektionsschutzgesetz -IfSG md.75/1, 20. Temmuz 2000, (BGBl. I S. 1045).

le işlenmesi halinde ise 179. maddeye göre bir yıla kadar hapis cezası veya 720 gün para cezası öngörülmektedir.¹⁷⁵

İsviçre Ceza Kanunu'nun "Bulaşıcı Hastalıkları Yayma" (*Verbreiten menschlicher Krankheiten*) başlığını taşıyan 231. maddesine göre tehlikeli bir bulaşıcı hastalığı kasıtlı olarak yayan kişinin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca COVID-19 salgınıyla mücadele etmek ve alınan karantina tedbirlerinin ihlal edilmesini engellemek amacıyla İsviçre Federal Konseyi tarafından Korona virüs ile Mücadelede Alınması Gereken Önlemler Hakkında Kararname çıkarılmıştır. Bu konuda çıkarılan 2 no.lu kararnamenin 10. maddesinin (f) bendine göre, İsviçre Ceza Kanunu uyarınca daha ağır cezalandırılabilir bir suç olmadıkça, kararnamenin 6. maddesi kapsamındaki toplantı, etkinlik, çeşitli organizasyonlarda bulaşıcı hastalığın yayılmasının engellenmesine yönelik alınmış olan tedbirleri kasten ihlal eden kişiye üç yıla kadar hapis veya para cezası verilmektedir. İsviçre Anayasası'nın 185. maddesinin 3. fıkrasına göre iç ve dış güvenliğin tehlikeye girmesi ve kamu düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla alınacak tedbirler hususunda süresi önceden belirlenmek şartıyla kararname çıkarılabileceği belirtilmiştir.¹⁷⁶

Söz konusu düzenleme öğretide bazı idare ve ceza hukuku uzmanları tarafından anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. İsviçre ceza hukukçusu Niggli'ye göre ne Salgın Hastalıkları Kanunu'nun (Epidemiengesetz-EpG)¹⁷⁷ olağanüstü durumlarda ülke genelinde ya da belli bir bölgede gerekli önlemlerin alınması yetkisini veren 7. maddesi ne de Anayasası'nın 185. maddesi Federal Konseye hiçbir şekilde Kararname ile para veya hapis cezası koyma yetkisi vermemektedir. Zira İsviçre Ceza Kanunu'nun 1. maddesine göre cezaların açıkça kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Şayet Federal Konseye böyle bir düzenleme yetkisi verilmek istenseydi kanun koyu-

¹⁷⁵ Avusturya Ceza Kanunu md. 178; Strafgesetzbuch (§178 Vorsatzliche Gefährdung von Menschen durch Übertragbare Krankheiten).

¹⁷⁶ İsviçre RG. 13.03.2020, (der Schweizerische Bundesrat, Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (Stand am 20. Juni 2020).

¹⁷⁷ İsviçre Salgın Hastalık Kanunu, Epidemiengesetz; (EpG) vom 28. September 2012, ist seit 1.1.2016 in Kraft, Und ermöglicht eine früh zeitige Erkennung, Überwachung, Verhütung und Bekämpfung.

cu tarafından bu yetkinin açıkça kanunda belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹⁷⁸

İtalyan Ceza Kanunu'nun 650. maddesinde, kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlık nedeniyle yetkili makamlar tarafından alınmış olan karantina önlemlerine aykırı hareket eden kişiler için üç aya kadar hapis veya 206 Euro'ya kadar para cezası uygulanmaktadır.¹⁷⁹ "Epidemi" başlıklı 438. maddeye göre patojenik (has-talık yapıcı) mikropların yayılması yoluyla salgına kasten neden olan kişi ömür boyu (müebbet) hapis cezasıyla cezalandırılmaktadır. Kanun'un 452. maddesinde söz konusu suçun taksirli şekli "Halk Sağlığına Karşı İşlenen İhmal Suçu" başlığıyla düzenlenmiştir. Buna göre, ihmal göstererek, tedbirsiz ya da özensiz davranarak 438. maddede yer alan salgın suçunun işlenmesine neden olan kişi, ölüm cezasına hükmedilmesini gerektiren taksirli ihlallerde, üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezası; ömür boyu hapis cezası verilen durumlarda bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.¹⁸⁰ Fransa'da, "Sağlık Acil Durum Kanunu" adı altında bulaşıcı hastalıklarla mücadele amacıyla çıkarılan ve bir dizi istisnai önlemlerden oluşan süreli kanun yürürlüktedir. COVID-19 virüsü salgınıyla mücadeleye yönelik, salgının neden olduğu krizin atlatılabilmesi için Fransız hükümeti sağlık acil durum önlemlerini içeren kapsamlı bir düzenlemeler paketi açıklamıştır. Fransa'da 24 Mart 2020 tarihinden itibaren iki aylığına ilan edilen Sıhhi Olağanüstü Hal kapsamında ülkeye girişler bazı gerekçeler ile sınırlandırılmıştır. Acil Durum Kanunu, gerekmesi halinde bir bölgenin tamamında veya bir kısmında acil bir durumun ilan edilmesi imkânı sağlamaktadır. Sağlık Acil Durum Kanunu'nun 2. maddesine göre, karantina kapsamında alınan tedbirleri bir ay içerisinde dört kez ihlal edenlere para cezası ve altı aya kadar hapis cezası uygulanmaktadır.¹⁸¹

¹⁷⁸ Marcel Alexander Niggli, Corona-Krise: Warum der Bundesrat keine Strafen erlassen darf, Neue Zürcher Zeitung-NZZ,16.04.2020.

¹⁷⁹ Adil Maviş, "Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları" Covid 19 Salgınının Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Ed. Kemal Şenocak, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 1004; Kahraman, s. 761.

¹⁸⁰ Maviş, s. 1004; Kahraman, s. 762.

¹⁸¹ Kahraman, s. 763.

SONUÇ

Yeni Tip Koronavirüs COVID-19 adı verilen salgın hastalık 2020 yılı başından itibaren etkisini genişleterek dünyada yayılmaya devam etmektedir. Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilen küresel salgın, ortaya çıkardığı çok çeşitli sorunlarla tüm dünyayı karmaşaya sürüklemiştir. Salgının sosyal düzen üzerindeki olumsuz etkisi hukuk düzenlerini de derinden etkilemiştir.

Gelinen süreçte devletler, toplum sağlığının korunması amacıyla salgın hastalıklarla mücadele edebilmek için halin gerektirdiği, alınması gerekli tedbirleri yetkili merciler eliyle mevzuat dâhilinde almak ve tüm bireylerin alınan bu tedbirlere uygun hareket etmesini sağlamak sorumluluğu altındadır. Toplum sağlığının korunmasına ilişkin olarak yetkili merciler tarafından alınan tedbirlere uyulması bulaşıcı hastalıklarla mücadelede önem arz etmektedir. Bu doğrultuda ülkemizde de bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranılması ceza kanunumuzda bir suç olarak düzenlenmiş ve cezai yaptırıma bağlanmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 195. maddesinde yer verilen "bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma" suçu topluma karşı suçlar arasında kamunun sağlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme ile kanun koyucunun amacının bulaşıcı hastalığa yakalanmış veya ölmüş olan kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayarak kamunun sağlığını tehlikeye maruz bırakan kişilerin fiil ve hareketlerinin engellenmesi olduğu söylenebilir.

Diğer taraftan TCK'nun 195. maddesinde hüküm altına alınan hastalığın bulunduğu yerin karantina altına alınmasına yönelik yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlerin neler olduğunun madde metninde açıkça tanımlanmaması nedeniyle "belirlilik ilkesi" ne; açık ceza normu niteliğinde olan suç tipinin içeriğinin tanımlanması işinin idari makamlara bırakılması suretiyle idarenin düzenleyici işlemleriyle ve hatta bireysel idari işlemleriyle belirlenmesinin de kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacağına dair öğretilerde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

Madde 195'te yer alan Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranılması hükmüyle korunan hukuksal değer kamu sağlığının

korunmasıdır. Dolayısıyla burada bulaşıcı hastalıkların daha fazla yayılmasının engellenmesi suretiyle toplumu oluşturan bireylerin sağlığına yönelik olası zarar ve tehlikelerin önlenmesi amaçlanmıştır. Buna göre bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan veya uygulanan tedbirlere uymayan herkes suçun faili olabilir. İlgili kanun maddesinde fail bakımından özel bir nitelik aranmadığından burada özgü bir suç söz konusu değildir. Toplumda yaşayan herkesin sağlığının zarar görme ihtimali bulunduğundan suçun mağduru da toplumu oluşturan üyelerin her biridir. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu her türlü hareketle işlenebileceğinden serbest hareketli bir suçtur.

Suçun tamamlanması için failin yetkili makamlarca alınan tedbirlere herhangi bir şekilde uymaması yeterlidir. Ayrıca alınan tedbirlere uymamak amacıyla cebir, şiddet veya tehdit kullanılmasına gerek yoktur. TCK'nın 195. maddesinde somut tehlike veya zarar şeklinde bir netice aranmadığından suç soyut tehlike suçudur. Yetkili makamlar tarafından karantinaya ilişkin alınan tedbirlere aykırı davranmak veya uyguladıkları tedbirlere uymamak fiilinin icraî ya da ihmali bir hareketle işlenmesi mümkündür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 195. maddesinde düzenlenen bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Buradaki kast, bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirleri failin bilmesi ve bu tedbirlere bilerek ve isteyerek uymamasıdır. Söz konusu suç bakımından genel kastın varlığı yeterli olup ayrıca failin özel bir saik ile suçu işlemesi gerekli değildir. Ayrıca fiilin taksirli şekli suç olarak TCK'nın 195. maddesinde tanımlanmamıştır.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu TCK md. 24/1'deki "*kanun hükmünün yerine getirilmesi*" kapsamında işlenmiş ise hukuka uygun olabilir. Kanun'un hükmünün yerine getirilmesi durumunda kanun koyucu Kanun'un hükmünü yerine getiren kimse bakımından sorumluluğu kabul etmemiş ve fiili suç olmaktan çıkarmıştır. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda kural olarak TCK md. 25/1'deki meşru savunma hükümleri

uygulanmaz. Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk ya da zaruret hali, (TCK md. 25/2) bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu bakımından mümkündür. TCK md. 26/1'deki hakkın kullanılması TCK md. 195'teki suç tipi bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda suçun belirli bir mağduru olmayıp, suç toplumu oluşturan herkese karşı işlendiğinden TCK md. 26/2'deki "ilgilinin rızası" hukuka uygunluk nedeni olarak bu suç tipinde uygulama alanı bulamaz. Failin elinde olmayan istisnai bir nedenden dolayı suçun tamamlanamaması hâlinde TCK md. 195'de yer alan suça teşebbüs söz konusu olacaktır.

Yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayarak başkalarına hastalık bulaştırması halinde meydana gelen neticeye göre, fail hakkında kasten hareket etmişse kasten yaralama (TCK md. 86- 88), başka bir insanı hasta etme kastıyla hareket etmemesine rağmen gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek tedbirleri ihlal etmişse taksirle yaralamaya (TCK md. 89) dair hükümler uygulanır. Hastalığın bulaştığı kişinin ölmesi halinde ise neticesi sebebiyle ağırlaşan suç hükümleri uygulanmalıdır. Bu durumda ayrıca TCK md. 195'e başvurulmaz.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun soruşturulması ve kovuşturulması suçtan zarar görenin şikâyetine bağlı değildir. Bu suçlar resen soruşturma ve kovuşturmaya tabidir. Fail, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Hükmedilecek ceza ertelenebilir. Kısa süreli hapis cezası olduğunda seçenek yaptırımlara çevrilebilmektedir. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun'un 11. maddesi bakımından davaya bakmaya asliye ceza mahkemeleri yetkilidir. Yer bakımından yetkili mahkeme, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere fail tarafından uyulmayan veya tedbire aykırı harekette bulunulan yer mahkemesidir. Dava zamanaşımı süresi suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıl olarak uygulanmalıdır.

Suç ön ödeme ve 5271 sayılı Kanun'un 253. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde yer alan katalog suçlar içerisinde yer almadığından uzlaştırma kapsamında da değildir. TCK'nın 62. maddesinde yer verilen takdiri indirim nedenleri bu suç tipi için de uygulanabilir. 5271

sayılı CMK'nın 231. maddesindeki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. CMK'nın 251. maddesinin 1. fıkrasına göre yargılamada basit yargılama usulü uygulanabilir.

Son olarak bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçuna ilişkin yaptırımlara diğer ülke mevzuatlarında da çeşitli şekillerde yer verildiği, hatta bazı ülke mevzuatlarında özel olarak Salgın Hastalıklarla Mücadele ya da Salgın Hastalıklardan Korunma Kanunu çıkarıldığı görülmektedir. Ülkemizde 1924 Anayasası döneminde hazırlanan 1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun birçok açıdan tehlikeli salgın hastalıklarla mücadelede yetersiz kaldığı anlaşılmaktadır. Tehlikeli salgın hastalıklarla mücadele konusunda mevzuatımızda bulunan dağınık, eksik, belirsiz, hükümler arasında tutarsızlıklar bulunan hem anlaşılabilirliği hem de Anayasa ile uyumunda sorunlar yaşanan hükümler tespit edilmelidir. Covid-19 salgını ile mücadelede edinilen birikim ve tecrübelerden yola çıkarak konunun tüm paydaşlarıyla müzakere edilmesinden sonra yasama organı tarafından ortaya çıkan ihtiyaçları karşılayabilecek, güncel, kapsamlı, belirsizlikleri ortadan kaldıran müstakil bir Salgın Hastalıklarla Mücadele Kanunu çıkarılmasında fayda vardır.

Kaynakça

Kitaplar

- Acar Hüseyin, Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme Kurumu, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2013.
- Akbulut Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Arslan Çetin/Azizağaoğlu Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Alşahin Mehmet Emin/Çakır Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara, 2009.
- Baumann Jürgen/Weber Ulrich/Mitsch Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, Gieseking Verlag, 11. Baskı, Bielefeld, 2003.
- Bayzit Tuğba, "Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu" COVID-19 Salgınının Hukuki Boyutu (Editör Muhammet Özkes), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 865-898.

- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- Çakmut, Y. Özlem, "Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, İstanbul, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, C. I, 2014.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 14. Baskı, Der Yayınları, Cilt II, İstanbul, 2019.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2016.
- Gerçeker Hasan, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu II. Cilt, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, USA Yayınevi, Ankara, 2017.
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, Yenilenmiş Bası, İstanbul, 2016.
- Kangal Z. Temel, "Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu" Özel Ceza Hukuku Cilt V, Onikilevha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2019, s. 433-450.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Malkoç İsmail/Güler Mahmut, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler-2, Adil Yayınevi, Ankara, (Yayın yılı belirtilmemiş,)
- Malkoç İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III (Madde 150-241), Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2013.
- Maviş Adil, "Covid-19 Küresel Salgınlarının Hukuktaki Yansımaları" Covid 19 Salgınlarının Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Ed. Kemal Şenocak, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.
- Meran Necati, Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanun, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2007.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Özgenç İzzet, Gazi Şerhi, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

- Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Ankara, 2007.
- Roxin Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre, 4. Auflage, München, 2006.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Ünver Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Yaşar Osman/Gökcan Haşan Tahsin/Artuç Mustafa, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt IV (Madde 147-204), Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2014.

Makaleler

- Kahraman Recep “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK md. 195),” Y. 2020, C. 78. S.2, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*.
- Keklik Ramazan, “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2015, C. 19, S. 4, s. 259- 296.
- Niggli Marcel Alexander, Corona-Krise: Warum der Bundesrat keine Strafen erlassen darf, *Neue Zürcher Zeitung - (NZZ)*,16.04.2020.
- Nişancı Dilaver, “Salgın Hastalıklar ve Salgın Hastalıklar Özelinde Sağlık Hakkına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Bakış Açısı ile Ulusal Mevzuatın Covid-19 Özelinde Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2020, S.150, s. 85-122.
- Önok, R. Murat “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK md. 195)”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Y. 2020, C. 9, S. 17. s. 147-186.
- Şirin Tolga, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2020, C. 9, S. 17, s. 132.

Mahkeme Kararları

- Enhorn/İsveç, AHİM, Karar Tarihi, 25.01.2005, Karar No: 56529/00.
- AYM kararı E. 2017/172, K. 2018/32; R.G. 20.4.2018, S. 30397.
- AYM kararı E. 2010/69, K. 2011/116; R.G. 21.10.2011, S. 28091.
- Yargıtay 5. CD, E.2013/8093, K.2014/12058, Karar Tarihi, 02.12.2014.
- Yargıtay 5. CD, E.2013/809, K.2014/4286, Karar Tarihi, 16.04.2014.
- Yargıtay 18. CD, E.2015/19047, K.2015/1279, Karar Tarihi, 12.05.2015.

SERMAYE PİYASASI HUKUKUNDA PİYASA DOLANDIRICILIĞI SUÇU (6362 SAYILI KANUN m. 107) MARKET MANIPULATION OFFENSE IN THE CAPITAL MARKET LAW (ART.107 OF THE LAW NO.6362)

Emre DİZDAR*

Özet: Sermaye piyasaları, fon arz eden ile fon talep edenleri buluşturan, fon ihtiyacı duyanların daha elverişli koşullarla ve düşük maliyetle finansman sağladığı piyasaları ifade etmektedir. Sermaye piyasasının işlerliği, piyasada yer alan aktörlerin sermaye piyasası araçları ve bunları ihraç edenler hakkında sağlıklı bilgi edinmelerine, sermaye piyasasında yapılacak manipülatif işlemler ve yanlış bilgi akışından korunmalarına bağlıdır. Sermaye piyasasına güvenin korunması, söz konusu finansman yöntemini işlevsel kılacaktır. Sermaye piyasasına güvenin korunması için manipülasyon yoluyla edinilecek haksız kazançların önünün kesilmesi, yatırımcının sağlıklı karar almasını engelleyecek hileli hareketlerden sakınılması gerekmektedir. Bu amaç doğrultusunda 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, birtakım tedbirler ve yükümlülükler öngörmüş; ancak bununla yetinmeyerek bazı fiilleri cezaî yaptırım tehdidi ile karşılamıştır. Bu çalışmada, piyasada yer alan aktörlerin bilgiye veya işleme dayalı hileli hareketlerle yanıltılmasını önlemeyi amaçlayan, piyasa dolandırıcılığına ceza yaptırımı öngören hüküm (6362 sayılı SPK m.107), sistematik biçimde, konuya ilişkin yargı kararlarına atıfla açıklanmış ve olası sorunlara ilişkin çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası Kanunu, Sermaye Piyasası, Piyasa Dolandırıcılığı, Ekonomik Suçlar

Abstract: Capital markets refer to the markets that bring together suppliers and demanders of funds, and provide financing with more favorable conditions and low costs to those who are in need of funds. The functioning of the capital market depends on the fact that the actors in the market obtain sound information about the capital market instruments and their issuers, and they are protected from manipulative transactions or misleading information in the capital market. Maintaining confidence in the capital market will make this financing method functional. In order to maintain confidence in the capital market, it is necessary to prevent unfair gains thro-

* Avukat, Marmara Üniversitesi Doktora Programı Öğrencisi, av.emredizdar@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0249-1056, Makalenin Gönderim Tarihi: 15.02.2021, Kabul Tarihi: 15.02.2021

ugh manipulation and to avoid frauds that will prevent the investor from making healthy decisions. In line with this purpose, the Capital Market Law No. 6362 stipulated a number of measures and obligations; not only with the supervision of the public authority and legal responsibility, but also confronted some acts with the threat of criminal sanctions. In this study, the provision stipulating criminal sanctions for market manipulation (Art.107 of the Law No.6362), which aims to prevent misleading actors in the market with information- or transaction-based fraudulent acts, was systematically explained with reference to the relevant judicial decisions, and proposals were submitted for solutions to potential problems.

Keywords: Capital Market Law, Capital Market, Market Manipulation, Economic Crimes

GİRİŞ

Piyasa, alım ve satıma konu edilen mal veya hizmet için alıcı ve satıcının bulunduğu ortamı yani pazarı ifade etmektedir. Mal ve hizmetlerin veya bunları üretmek için gerekli olan girdilerin mübadeleye konu edildiği piyasalar, reel piyasa olarak adlandırılır. Bir de fon sahipleri ile fon ihtiyacı olan kişileri buluşturan pazarlar mevcuttur; bunlara malî (finansal) piyasalar denilmektedir. Malî piyasalar; fon kaynaklarının vadesine göre ikiye ayrılmakta olup, kısa vadeli fon arz ve talebinin karşılandığı piyasalara para piyasası; orta ve uzun vadeli fon kaynaklarının mübadeleye konu edildiği piyasalara sermaye piyasası denilmektedir.¹

Kısa vadeli fon arz ve talebi, banka ve diğer aracı finansal kuruluşlar vasıtasıyla karşılanmaktadır; bu nedenle anılan yöntem, dolaylı bir finansman yöntemidir. Orta ve uzun vadeli fon kaynaklarının el değiştirdiği sermaye piyasasında, fon talep edenler ile fon arz edenler arasında bir aracı yer almamaktadır; bu özelliği sebebiyle sermaye piyasası araçlarıyla fon temin edilmesi, firmalar için doğrudan finansman yöntemi teşkil etmektedir. Bu yöntemde, para piyasalarının işleminde bankaların ifa ettiği işleve benzer bir işlevi yerine getiren aracı kurum bulunmamaktadır; yalnızca pay ve borçlanma senetlerini ihraç edenler ile anılan sermaye piyasası araçlarının mübadelesine aracılık eden kuruluşlar bulunmaktadır.²

¹ Tekin Memiş/Gökçen Turan, Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, Şubat 2019, s.25; Gürgân Çelebicin, "Bankalarla İlişkileri Bakımından Sermaye Piyasası", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.III, S.4, Eylül 1966, s.690-691.

² Memiş/Turan, s.27-28.

Sermaye piyasası, fon ihtiyacı duyan firmalar ile yatırımcıları buluşturmaktadır. Bu sayede, sermaye piyasası aracı ihraç eden anonim ortaklık gerek yeni özkaynak sağlama gerekse borçlanma yoluyla fon ihtiyacını karşılayabilmektedir. Örneğin sermaye piyasası araçlarından birisi olan hisse senetlerinin ihracında, kredi maliyetlerine göre daha uygun bir şekilde, geri ödeme sorunu olmaksızın fon sağlanmaktadır. Bu durum da sermaye piyasasını cazip bir finansman yöntemi kılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, sermaye piyasası, millî gelirden tüketim harcamaları çıkarıldıktan sonra kalan kısım olan tasarrufların, yeni yatırım yapacak veya mevcut üretimlerini genişletecek girişimcilerin eline geçmesini; bunun karşılığında da yatırımcıların tasarruflarının değer üretmesini sağlamaktadır.³

Sermaye piyasasına özgü hukukî altyapının yaratılması, bu alanı düzenleyici kamusal otoritenin ihdası, sermaye piyasası aracı ihraç eden ortaklık ve ihraç edilen araç hususunda kamuya sağlıklı ve eksiksiz bilgi akışının sağlanması, bu doğrultuda kamuyu aydınlatma yükümlülüklerinin öngörülmesi, ihraççılar içerisinde hâkim konuma sahip yönetici veya ortakların bu konumlarını suistimal etmek suretiyle menfaat sağlamalarının ve diğer yatırımcıların menfaatlerini zedelemelerinin engellenmesi, piyasadaki fiyat mekanizmasının oluşumuna yapay yollarla etki edilmesinin önlenmesi, hileli hareketlerle piyasada yanıltıcı izlenim yaratarak yatırımcıları aldatanların ceza yaptırımları ile caydırılması, sermaye piyasasına güveni korumayı amaçlamaktadır. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, dünyadaki güncel gelişmelere uygun olarak belirtilen amacı sağlamak üzere yürürlüğe girmiştir. Sermaye piyasası hukukunun doğuş sebebi, finansman arayışı içerisinde bulunan anonim ortaklıklar ile yatırımcıları buluşturan borsalarda, hayalî şirket kurulması ve hayalî hisse ihracı gibi birtakım skandalların yaşanmasına bağlanmaktadır.⁴ Esasen sermaye piyasalarının gerçek anlamda oluşmaya başladığı yıllardan itibaren kitlesel aldatma ve çöküşlerin de ilk örnekleri ortaya çıkmaya başlamış; genellikle menkul kıymetin fiyatının yükseleceğine toplumun önemli bir kesiminin

³ Fisun Arda, "Sermaye Piyasasının Bankacılık Sistemine Etkileri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 2, Aralık 1977, s.410.

⁴ Fatih Bilgili, "Almanya'da Sermaye Piyasasının Hukuki Yapısı ve Piyasa Üzerindeki Kamusal Denetim", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XXI, S.2, Aralık 2001, s.178.

inandırılması yoluyla yaratılan fiyat balonlarının gerçek durum anlaşıldığında patlatılması suretiyle cereyan eden bu vakalar, sermaye piyasasının gelişimini olumsuz etkilemiştir.⁵ Borsalarda meydana gelen suistimallerin ve olumsuz vakaların, sermaye piyasasının bağımsız bir hukuk dalı hâline gelmesinde, yeni önlemleri içeren değişikliklerin benimsenmesinde, alana ilişkin kamusal denetimin sağlanmasında teşvik edici rol oynadığı söylenebilecektir.⁶ 2008 yılında meydana gelen küresel finans krizinin, o tarihte yürürlükte bulunan 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda köklü değişiklikler yapılması ihtiyacı duyulmasına sebebiyet verdiği; bundan dolayı bazı konularda reformların yapıldığı, 6362 sayılı SerPK'nın genel gerekçesinde ifade edilmiştir.⁷

6362 sayılı SerPK'nın 1'inci maddesinde kanunun amacı; *“sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir”* şeklinde ifade edilmektedir. İnceleme konusu piyasa dolandırıcılığı fiilini cezalandıran SerPK'nın 107'nci maddesine göre;

“(1) Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla

⁵ Memiş/Turan, s.20-21.

⁶ 21. Yüzyılın ilk çeyreğinde skandal niteliğinde bazı olayların yaşanması, sermaye piyasası hukukunda bazı değişikliklere yol açmıştır. Özellikle 2001 yılında Enron ve onunla birlikte birkaç dünya devi şirketin, bağımsız denetim raporları olumlu ve derecelendirme notları yüksek olmasına rağmen iflas etmesi ve 2007 yılında ABD'de ipotekli konut kredilerinin ödenmemesi ile ortaya çıkan ekonomik kriz, bu olayların başlıcalarıdır. Memiş / Turan, s.22.

6362 sayılı SerPK'nın genel gerekçesinde, 2008 krizinin sebepleri arasında, finans piyasalarındaki “deregülasyon” süreci de gösterilmiştir: “Finans piyasalarında son dönemde yaşanan deregülasyon sürecinde, yeni ekonomik yapının da zorlamasıyla katı düzenlemeler terkedilmiş, dünyadaki likidite bolluğu ve bunun sonucunda verilen teminatsız krediler, kontrolsüz menkul kıymetleştirme, kamuyu aydınlatma uygulamalarının eksikliği ile derecelendirme kuruluşlarının gözetim ve denetimindeki yetersizlikler özellikle gelişmiş ekonomilerde büyük çalkantılara neden olmuştur.” (SerPK Genel Gerekçesi)

⁷ Küresel kriz nedeniyle reform yapılması ihtiyacı duyulan hususlar, genel gerekçe şu şekilde ifade edilmiştir: “Finans kurumlarına yönelik sermaye yeterlilik düzenlemelerinin krizden alınan derslerle yeniden yapılandırılması, Düzenlenmeyen finans kurumlarının ve piyasalarının düzenleme ve gözetim altına alınması, Sistemik gözetimin güçlendirilmesi, Finans kurumlarının sağlıklı faaliyet göstermesine yönelik düzenlemelerin güçlendirilmesi,” (SerPK Genel Gerekçesi)

alım veya satım yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz.

(2) Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar."

Bu çalışmada, piyasa dolandırıcılığı fiillerini cezaî yaptırıma bağlayan anılan hükümler ele alınacaktır.

I. BENZER SUÇ TİPLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. BİLGİ SUİSTİMALİ SUÇU (SerPK m.106)

Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı fiilinin, SerPK'nın 106'ncı maddesinde düzenlenen bilgi suistimali (içeriden öğrenenlerin ticareti; *ing.* insider trading) fiili ile benzerliği ve farkları üzerinde durmakta yarar görmekteyiz. Söz konusu benzerlik ve farkları açıklamadan önce, sermaye piyasasında bilginin işlevine değinmek gerekir. Sermaye piyasasında fiyatın oluşması, arz ve talebe bağlıdır. Belirli bir sermaye piyasası aracına yönelik arz ve talebi etkileyen başlıca husus bilgidir. Eş söyleyişle, yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek niteliği haiz bilginin kamuya açıklanması ve bu şekilde bilgiye eşit erişim imkânının sağlanması, etkin bir fiyat mekanizmasının işlemesi için vazgeçilmez bir koşuldur.⁸

Bilgi dengesizliği (asimetri) yaratan sorunların giderilmesi için sermaye piyasası hukukunda kamuyu aydınlatma ilkesi benimsenmiştir;⁹ SerPK'da öngörülen birçok hüküm, bu ilkenin görünümü mahiyetindedir. Bu bağlamda, birkaç örneğe değinmekte yarar görmekteyiz. İh-

⁸ Çağlar Manavgat, "Bilgiye Dayalı Manipülasyonda Menfaat Elde Etme Şartının Yerindeliği", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XXXIII, S.2, Haziran 2017 s.31.

⁹ Manavgat, s.32-33; Memiş/Turan, s. 74; Mesut Çekin, "Avrupa Birliği Sermaye Piyasası Hukukunda Şeffaflık İlkesi ve Kamunun Aydınlatılması", *Legal Hukuk Dergisi*, S.9, Eylül 2011, s.3455-3456.

raççının, ihraç edeceği sermaye piyasası aracına ve ihraççı ortaklığa dair kamuyu bilgilendirmesi, izahnamenin kamuya sunulması ile sağlanacaktır. Kanun, izahnamenin doğru ve eksiksiz bilgi içermesini güvenceye almak amacıyla, izahnamenin düzenlenmesinden bazı kişileri sorumlu tutmuştur. İzahnamenin, yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgiler içermesi, kanunda belirtilen kişilerin tazminat sorumluluğuna (SerPK m.10¹⁰) yol açmaktadır.¹¹ Ayrıca izahnamenin kanuna uygun olmamasının, piyasa dolandırıcılığı suçunun bilgiye dayalı işlenmesi hâlini de kanunda öngörülen diğer koşulların varlığı ihtimalinde, oluşturması mümkündür.¹²

¹⁰ “(1) İzahnamede yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan ihraççılar sorumludur. Zararın söz konusu kişilerden tazmin edilememesi veya edilemeyeceğinin açıkça belli olması hâlinde; halka arz edenler, ihraça aracılık eden lider aracı kurum, varsa garantör ve ihraççının yönetim kurulu üyeleri kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararlar kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumludur.

(2) Bağımsız denetim, derecelendirme ve değerlendirme kuruluşları gibi izahnamede yer almak üzere hazırlanan raporları hazırlayan kişi ve kurumlar da hazırladıkları raporlarda yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden bu Kanun hükümleri çerçevesinde sorumludur.”

¹¹ İzahnamenin yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgi içermesi hâlinde kimlerin, hangi sorumluluk ilkesine göre, ne şekilde sorumlu tutulacağına ilişkin olarak bkz. Memiş/Turan, s.80-81.

¹² “Dosya kapsamına göre, ... Ticaret A.Ş. 04.02.2011 tarihli halka arz izahnamesinde halka arz edilen sermaye piyasası araçlarının değerini ve yatırımcıların kararlarını etkileyecek şekilde ... Ticaret A.Ş.’nin hissedarı bulunduğu ... Park isimli alışveriş merkezinden elde edilen gelirlere dair eksik ve yanıltıcı bilgi verildiği, yine 13.01.2011 tarihli fiyat tespit raporunun şirketin gelirlerini ve değerini yüksek gösterecek şekilde hazırlandığı ve şirketin gerçek değerini doğru ve dürüst bir şekilde yansıtmamasına yönelik fiilleri sebebiyle 04.02.2011 tarihli halka arz izahnamesinin tamamından sorumlu şirket yönetim kurulu başkanı ... ve yönetim kurulu başkan vekili ... ile halka arza aracılık eden ... Yatırım A.Ş. Genel müdürü ..., genel müdür yardımcısı ... ve fiyat tespit raporunu hazırlayan araştırma sorumlusu ... haklarında kamu davası açılmış... yine 04.02.2011 tarihli halka arz izahnamesi Sermaye Piyasası Kurulu tarafından onaylanmış ise de 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 6/1. maddesinin son cümlesinde yer alan “İzahnamenin onaylanması, izahnamede yer alan bilgilerin doğru olduğunun Kurulca tekeffülü anlamına gelmeyeceği gibi, söz konusu sermaye piyasası araçlarına dair bir tavsiye olarak da kabul edilemez.” şeklindeki düzenleme uyarınca izahnamenin onaylanmış olması içeriğinin tamamen doğru olduğu anlamına gelmeyeceği... somut olayda suç tarihinde yürürlükte bulunan 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu “Piyasa dolandırıcılığı” başlıklı 107/2. maddesinde yer alan ... düzenleme gereğince şüphelilerin üzerine atılı suç işlediklerine dair kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil bulunduğu gözetilerek, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine” Yarg. 19. CD. 2016/108 E. 2017/37 K. 9.1.2017 T. (<http://kazanci.com>, Erişim Tarihi: 20/03/2020)

Bilgi suistimali suçunun düzenlenmesi ile ceza yaptırımını tehdidi ile karşılanan fiiller, bahse konu bilgi dengesizliğinden yararlanarak haksız menfaat elde edilmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Bilgi suistimalini düzenleyen SerPK'nın 106'ncı maddesine göre; doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, *"ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgilere dayalı olarak"* ilgili sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri verilmesi veya verilen emrin değiştirilmesi veya iptal edilmesi ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin edilmesi fiili cezalandırılmaktadır. Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı fiillerini düzenleyen ceza normu ise yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerle, bilgi dengesizliği yaratılmasını; bu sayede haksız menfaat elde edilmesini yasaklamaktadır. Bilgi suistimalinde bulunan failin amacı, kendisinin durumu, mesleği, görevi, işlevi itibarıyla elde ettiği, henüz kamuya açıklanmamış olan ve sermaye piyasası aracının değerini etkileyebilecek nitelikte bilgiyi; yani yatırımcılar ile kendisi arasında doğmuş bilgi dengesizliğini kullanarak diğer yatırımcılar aleyhine menfaat sağlamaktır.¹³ Burada belirli bir konuma sahip olmaktan kaynaklı biçimde önceden vâkıf olunan, yani *"içeriden öğrenilen"*,¹⁴ henüz kamuya açıklanmamış, spekülatif değil kesin nitelikte, açıklandığında ilgili sermaye piyasası aracının fiyatını etkileyecek doğru bir içsel bilginin¹⁵ kullanılması suretiyle haksız menfaat sağlanması söz konusudur.¹⁶ Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı fiilleri ise, sermaye piyasası araçlarının değerini veya yatırımcıların kararını etkileyerek, fiyat oluşumu mekanizmasını normal seyrinden saptıran, manipüle eden bir şekilde yalan, yanlış, yanıltıcı veya dayanaksız bilginin yayılmasını içermektedir.¹⁷ Bilgi suistimali suçunda, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı

¹³ Evik, s.110.

¹⁴ "İçeriden öğrenenlerin ticareti" terimi için bkz. Ali Hakan Evik/Vesile Sonay Evik, "İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu", *İÜHFİM*, C.LXIII, S.1-2, 2005, s.5-6.

¹⁵ Zeki Aksoy, *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s.36-38.

¹⁶ Cem Şenol, "İçeriden Öğrenilen Bilgi ve İçeriden Öğrenen Kavramlarının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.II, S:2, Aralık 2012, s.128.

¹⁷ Ali Hakan Evik, *Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s.110.*

fiilinin aksine, fiyat mekanizmasına etkide bulunmak amaçlanmaz; yalnızca fiyatı etkilemesi muhtemel bir bilginin, kamuya duyurulmasından önce içeriden öğrenilmesi ve bu bilginin kullanılması suretiyle haksız menfaat elde edilmesi söz konusu olur.¹⁸ Diğer bir ifadeyle, bilgi suistimali düzenlemesi henüz açıklanmamış olan bilginin kötüye kullanılmasını, bu suretle bilgi dengesizliğinin doğmasını engellemeyi; bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı düzenlemesi ise bilginin eksik, yanlış veya yanıltıcı yani gerçeğe aykırı olarak açıklanmasını önlemeyi amaçlamaktadır.¹⁹

B. DOLANDIRICILIK SUÇU (TCK m.157)

Piyasa dolandırıcılığı suçunun, TCK m.157’de düzenlenen dolandırıcılık suçu ile ilişkisine de değinmek gerekir. Dolandırıcılık suçu, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlanması suretiyle işlenmektedir. Piyasa dolandırıcılığı düzenlemesinde, sermaye piyasası alanının mahiyeti gözetilerek, birtakım hileli hareketlerin somutlaştırıldığı ve ceza yaptırımına bağlandığı görülmektedir. Hileli hareketler arasındaki benzerlik, bu iki suç tipi arasında yüzeysel bir genel-özel hüküm ilişkisi kurulmasına neden olmamalıdır.²⁰ Bahse konu suçların ortak özelliği, suçu tamamlamak amacıyla hileli hareketlerin işlenmesi olmakla birlikte; dolandırıcılık fiilinde belirli bir kişi, piyasa dolandırıcılığı fiilinde ise belirsiz sayıda kişi aldatılmaktadır. Eş söyleyişle, dolandırıcılıkta hileli hareketin belirli bir kişiye yönelik olması ve bunun o kişiyi aldatacak nitelikte olması gerekmekte; piyasa dolandırıcılığı suçunda ise belirsiz sayıda kişiye, yani kamuya yönelik bir aldatma söz konusu olmaktadır.²¹ Ayrıca dolandırıcılık suçunun zarar suçu niteliğinde olduğunu, yani tamamlanmasının haksız menfaat temini koşuluna bağlı olduğunu söylemek mümkündür.²² Piyasa dolandı-

¹⁸ Aksoy, s.133-134.

¹⁹ Manavgat, s.34-35.

²⁰ Aksi görüş, piyasa dolandırıcılığı suçunun, Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen dolandırıcılık suçunun özel bir türü olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Ahmet Emrah Geçer, “Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXI, Y. 2017, S:2, s.245-246.

²¹ Evik, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, s.123.

²² Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s.697; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk

ricılığı ise işleme dayalı işlenme biçimi bakımından tehlike suçudur; bilgiye dayalı işlenme biçimi bakımından ise haksız menfaat elde edilmesi koşulu yasal değişikliklerle²³ hükme eklenerek, zarar suçu hâline getirilmiştir.²⁴ Esas itibarıyla piyasa dolandırıcılığı suçunun korunan hukukî değeri piyasaya duyulan güvendir, geniş anlamda mağduru ise piyasanın herkesi ilgilendiren doğası gereği toplumun tamamıdır.²⁵ Dolandırıcılık suçunda ise korunan hukukî değer mülkiyet hakkı olup; mağduru ise malvarlığı zarara uğratan kimsedir.²⁶

C. PİYASA BOZUCU EYLEMLER (SerPK m.104)

Son olarak, piyasa dolandırıcılığı suçunun, SerPK'nın 104'üncü maddesinde yer alan piyasa bozucu eylemler kabahatiyle ilişkisine değinmek gerekir. Söz konusu kabahat hükmü, makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikteki eylem ve işlemleri piyasa bozucu nitelikte eylem saymakta ve Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bu türden fiillerin idari para cezası yaptırımı ile karşılanacağını öngörmektedir. İnceleme konusu SerPK'nın 107/1,2 maddelerinde tanımlanan fiillerin, piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikteki eylem ve işlemleri oluşturduğu, yani piyasa bozucu eylem niteliğinde bulunduğu kuşkusuzdur. Fakat SerPK m.104'teki idari yaptırımın uygulanması, piyasa bozucu eylemin bir suç oluşturmaması şartına bağlanmıştır. SerPK m.107/1-2'de suçun oluşması için bahse konu fiillerin, "*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını et-*

23 Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s.717.

24 27.3.2015 tarihli 6637 sayılı Kanun'un 11'nci maddesi ile değişiklik yapılmıştır.

25 Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun, haksız menfaat koşuluna bağlanmasının isabetli olmadığını ileri süren çalışma için bkz. Manavgat, s.40-41.

26 Korunan hukukî değer ve mağdura ilişkin açıklamalar çalışmamızın ilerleyen kısımlarında yapılmıştır.

26 Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s.807. Öğretide yer alan aksi görüşe göre, dolandırıcılık suçunda mülkiyet hakkının yanı sıra, hileli hareketlerle aldatılan kişinin iradesi ifsat edildiğinden dolayı, kişi hürriyetinin ayrılmaz bir parçasını oluşturan irade serbestisi de korunmaktadır. Buna göre suçun mağduru (aldatılan ve malvarlığı eksilenin farklı kişiler olduğu ihtimalde), malvarlığı eksilen kişi değil; hileli hareketlerle aldatılan kişidir. Bkz. Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.687-688; Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.713.

kilemek amacıyla” icra edilmesi, yani amaç (özel kast) unsuru aranacak; yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verme, söylenti çıkarma, haber verme, yorum yapma veya rapor hazırlama ya da bunları yayılması fiillerinin, anılan amaç olmaksızın işlenmesi veya amacın ispatlanamaması hâlinde piyasa dolandırıcılığı suçu oluşmayacaktır. Bu ihtimalde, sabit görülen fiiller bakımından, piyasa bozma kabahati çerçevesinde idarî yaptırım uygulanması mümkündür.²⁷

II. KORUNAN HUKUKÎ YARAR

Sermaye piyasasını düzenleyen ceza normları, ekonomi ceza hukuku kapsamında değerlendirilmektedir.²⁸ Ekonomi ceza hukuku, ekonomik hayatın kurumlarını, yani bireysel yararların üstünde yer alan sosyal yararları korumaktadır.²⁹ Sermaye piyasasına ilişkin ceza normları, piyasanın işlevselliği ve yatırımcının korunması şeklindeki hukukî yararları ihlâl eden fiilleri ceza yaptırımını ile karşılamakta; eş söyleyişle, anılan değerleri korumayı amaçlamaktadır.³⁰ İnceleme konusu suç tipinin, bireysel mülkiyet ve zilyetlik haklarından ziyade, bir bütün hâlinde sermaye piyasasını koruduğunu ifade etmek mümkündür.³¹ Diğer bir ifadeyle, anılan suçla korunan öncelikli hukukî değer “*sermaye piyasalarının işlevselliği, buna ilişkin güvendir*”.³² Bu yargımızı açıklama sadedinde, ilgili suç tipine dair bazı hususların ifade edilmesinde ve böylece cezaî yaptırım tehdidi ile yasaklanan bu fiillerin piyasa bozucu etkilerinin özetle sergilenmesinde yarar görmekteyiz.

SerPK, inceleme konusu piyasa dolandırıcılığı suçunun temelde iki ayrı türden fiille işlenebileceğini öngörmüştür. Bunlardan birincisi, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı fiilidir. İkincisi ise bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı olarak adlandırılmaktadır. Maddî ve manevî unsur yönünden tam anlamıyla örtüşmeyen, ayrı hareketlerle işlenen

²⁷ Memiş/Turan, s.212-213.

²⁸ Klaus Tiedemann, Ekonomi Ceza Hukuku, (Çev: Ayşe Nuhoglu), Ankara: Seçkin Yayınları, Temmuz 2017, s.100.

²⁹ Tiedemann, s.109.

³⁰ Selman Dursun, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s.90.

³¹ Evik, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, s.123.

³² Dursun, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, s.248.

bu suçların koruduğu hukukî yarar aynıdır. Piyasa dolandırıcılığının iki türünde de ortak olan husus, fiyat mekanizmasının oluşumuna manipülatif³³ etkenlerle müdahale edilmesidir. İnceleme konusu ceza normlarının konulma amacı, fiyat mekanizmasına hileli müdahaleleri önlemek, bu şekilde yatırımcıların piyasaya güvenini korumaktır. Çünkü bahse konu hileli müdahaleler, yatırımcıların aldatılmasına neden olmaktadır. Bu fiillerin yarattığı yapay görünüme aldanan yatırımcılar, kendilerinin zararına (manipülasyon yapanların haksız menfaat edinmesine yol açacak şekilde) sermaye piyasası aracı alım-satımları yapmaktadır. Bundan dolayı, anılan ceza normlarının, yapay görünüme aldanarak bazı yatırımcıların zarara uğramasına engel olduğu söylenebilir. Anılan fiillerin yaygınlaşması, piyasadaki aktörlerin, manipülasyona uğrama tehlikesine karşı çekinmelerine ve piyasa işlemlerinden (yeni sermaye piyasası aracı ihracı ve alım-satım işlemleri) kaçınmalarına yol açarak, bir bütün hâlinde sermaye piyasasına karşı güvensizlik yaratabilir. Bu güvensizliğin, ülkedeki önemli finansman yöntemlerinden birisinde tıkanıklığa neden olması ve onun işlerliğini bozması mümkündür.³⁴ Bu açıdan, sermaye piyasasına olan güvenin korunması, millî ekonominin korunması ile eş anlamlıdır. İnceleme konusu SerPK hükümlerinin ceza yaptırımını tehdidi ile korumayı amaçladığı başlıca değer, piyasaya güvenin ve yatırımcıların korunması olduğunu söylemek mümkündür.³⁵

³³ Manipülasyon, Fransızca manipulation kelimesinin dilimize girmiş hâli olup, TDK Güncel Türkçe Sözlüğe (<https://sozluk.gov.tr/>) göre “yönlendirme; seçme, ekleme ve çıkarma yoluyla bilgileri değiştirme, yönlendirim” anlamına gelmektedir. Buna göre “manipülatif” sıfatı da “yönlendirici” anlamına gelmektedir. Türkçede “yönlendirme” kelimesi, tek başına olumsuz bir anlam içermediği için sermaye piyasasında icra edilen “manipülasyon” ile tamamen örtüşmemektedir. Sermaye piyasası hukukunda manipülasyonla kast edilen hususun “yanıltıcı nitelikte yönlendirme” olduğunu düşündüğümüzden, “manipülatif” kelimesini, “yönlendirici” kelimesi ile karşılama yoluna gitmedik.

³⁴ Yatırımcının kamuya açıklanmış bilginin tam ve doğru olduğuna inancının zayıflamasının, piyasaya güvenini azaltarak, fiyatlarda düşmeye yol açacağı ve adil fiyat mekanizmasını gerçek olmayan bilgiyi kamuya sunanlar lehinde bozacağı yönünde bir değerlendirme için bkz. Manavgat, s.33.

³⁵ Öğretide bu hukukî değerler, “millî ekonomi” ve “yatırımcıların malî hakları” şeklinde de ifade edilmektedir. Ali Hakan Evik, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s.128.

III. PİYASA DOLANDIRICILIĞI SUÇUNUN TÜRLERİ

Sermaye piyasası hukukunda piyasa dolandırıcılığı suçu iki ayrı şekilde işlenmektedir. Anılan iki ayrı fiil, SerPK m.107’de “*piyasa dolandırıcılığı*” başlığı altında aynı maddenin 1’inci ve 2’nci fıkrasında düzenlenmiştir. Aynı madde başlığı altında aynı hukukî yararın korunması amacıyla ihdas edilmiş söz konusu fiiller gerek maddî unsur gerekse manevî unsur yönünden birtakım farklılıklar arz ettiği için çalışmamızın ilerleyen kısımlarında *işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun* unsurları ile *bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun* unsurları ayrı ayrı sistematik bir biçimde incelenecektir.

A. İŞLEME DAYALI PİYASA DOLANDIRICILIĞI

1. MADDİ UNSUR

a. Fail

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu herkes tarafından işlenebilir. Bu suçun işlenebilmesi için belirli özel niteliklere sahip olma şartı aranmamıştır.

Tüzel kişiler ceza hukukunda suç faili sayılamayacaklarından ötürü,³⁶ anılan suçun yalnızca gerçek kişilerce işlenebileceğini; tüzel kişinin yararına olarak veya faaliyeti çerçevesinde anılan suçun işlenmesi hâlinde ise bu suçtan tüzel kişinin yetkili organı, temsilcisi veya çalışanı sıfatını taşıyan gerçek kişilerin sorumlu tutulacağını belirtmekte yarar görmekteyiz. Her ne kadar tüzel kişinin fail olması mümkün değilse de tüzel kişi yararına işlenen suçlarda, kanunda öngörülmesi koşuluyla, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkündür. SerPK’nın 114’üncü maddesine göre, inceleme konusu suçun bir tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

³⁶ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s.112; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s.213; Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Adalet Yayınları, 2015, s.284.

b. Mağdur

Suçun mağduru, suç konusunun ait olduğu gerçek kişidir. Fail, kanunda tarif edilen fiili işlemek suretiyle mağdura ait olan suçun konusuna zarar vermekte veya zarar tehlikesine maruz bırakmakta; böylece ilgili ceza normu ile korunan hukukî değer ihlâl edilmektedir.³⁷ Bazı suçlarda, suçun mağduru belirli bir kişi değil; toplumu oluşturan herkestir. Bu hâlde, geniş anlamıyla mağdur kavramından söz edilmektedir.³⁸ Esasen mağduru tüm toplum olan, yani “geniş anlamda mağdur” un bahis konusu olduğu bazı suçlarda; doğrudan doğruya zarar gören, “dar anlamda mağdur” kişilerin bulunması da mümkündür.

İnceleme konusu suçun işlenmesi suretiyle, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim yaratılması ya da sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının, değerlerinin veya yatırımcıların kararlarının sunî ve hileli hareketlerle etkilenmesi tehlikesi doğmaktadır. Bu nedenle, söz konusu suç, fon arzı ve talebinin karşılandığı borsada, menkul kıymetlere ilişkin fiyat mekanizmasının, iktisadî dinamikler dışındaki yapay / manipülatif etkenlerden muhafaza edilmesi amacına hizmet etmektedir. Bu yönüyle hem millî ekonomiyi hem de aldatılarak zarara uğrama tehlikesine karşı her bir yatırımcıyı korumaktadır.

Millî ekonomiye kaynak sağlayan sermaye piyasasının aldatıcı eylemlere karşı korunabilmesi için cezaî normların sevk edilmesi gereği duyulmuştur. SerPK m.107/1-2’de düzenlenen piyasa dolandırıcılığı suçu, sermaye piyasasının sunî ve aldatıcı eylemlere karşı korunma ihtiyacını karşılamaktadır. Eş söyleyişle bahsedilen korunma ihtiyacının giderilmesi, normun konulma amacını (*ratio legis*) ifade etmektedir. Bir bütün hâlinde millî ekonomiyi korumaya hizmet eden yapısı gereği, bu suçun işlenmesi ile ihlâl edilen değer taşıyıcısının, yani suçun geniş anlamıyla mağdurunun tüm toplum olduğunu ifade etmek mümkündür. Bir başka ifadeyle, piyasa dolandırıcılığı suçunun mağduru, anılan ceza normu ile piyasaya güven korunmak istendiğinden ve millî ekonominin herkesi ilgilendiren mahiyeti gereği, toplumun tümüdür.

³⁷ Özgenç, s.223.

³⁸ Özgenç, s.225-226.

SerPK'nın 107'nci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı yönünden, kanunî tanımda yer alan belirli fiillerle sermaye piyasası araçları üzerinde zarar tehlikesi meydana getirilmesi, suçun oluşumu için yeterlidir. SerPK'nın 107'nci maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşumu, haksız menfaat elde edilmesi koşuluna bağlandığından, suç konusu üzerinde zarar yaratılması hâlinde fiil tamamlanacaktır.³⁹ Her iki suç bakımından da suç konusunun ait olduğu (alım-satım işlemi yapan) yatırımcılar üzerinde fiilen zarar oluşması (2'nci fıkra bakımından zorunlu) mümkündür. Bu ihtimalde, fiilen zarar gören gerçek kişiler, suçun dar anlamıyla mağduru sayılabilecek; Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kendilerine tanınan belirli hakları -davaya katılma gibi kullanabilecektir. İnceleme konusu suçun muhakemesinde, geniş anlamda mağdur olan toplumun tamamı adına, SPK'ya birtakım yetkiler kanun tarafından tanınmıştır (SerPK m.115). Buna göre, anılan suçun soruşturulması SPK'nın Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunması ile başlayacak; bu başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde SPK katılan sıfatını kazanacak; bu sığata bağılı hak ve yetkileri, geniş anlamda mağdur sayılan tüm toplumu temsilen kullanacaktır. Özetle, inceleme konusu suçta geniş anlamıyla mağdur daima toplumun tamamı; fiilen zarar oluşması hâlinde ise dar anlamıyla mağdur, doğrudan doğruya zarar gören gerçek kişilerdir.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi önüne taşınan bir uyuşmazlıkta, sanıkların SerPK m.107/1 hükmünü ihlâl ettikleri ilk derece mahkemesi tarafından sabit görülmüş, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş; ancak itiraz mercii tarafından zararın giderilmesi şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle bu karar kaldırılmıştır. 19. Ceza Dairesi, "sanıklar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için zararın giderilmesi şartının da gerçekleşmesi gerektiği, atılı suçtan bireysel yatırımcılar, halka açık ortaklıklar ve milli ekonominin de bir bütün olarak zarar gördüğü nazara alındığında, suçtan doğan zararın ülkenin ekonomik varlığının mümessili olan Hazine'ye ödenmesinin zorunluluk arzettiği"⁴⁰ gerekçesiyle, kanun yararına bozma talebi reddedilmiştir.

³⁹ Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığının maddî unsurlarının açıklandığı ilerleyen kısımlarda, anılan suçun neticeli suç ve zarar suçu olduğu açıklanmıştır.

⁴⁰ Yargıtay 19. CD. 2019/30364 E. 2019/11098 K. 11/09/2019 T. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, 09.04.2020)

Bu karardan hareketle, Yargıtay'ın toplumun tamamını suçun mağduru olarak gördüğü söylenebilecektir.

c. Konu

Suç teşkil eden fiilin yöneldiği insan veya nesne, suçun konusu olarak adlandırılmaktadır.⁴¹ İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı fiili yönünden, kanunî tanıtımda sayılan hareketler, sermaye piyasası araçlarına yönelik icra edilmektedir. Bu nedenle piyasa dolandırıcılığı suçunun konusunun, sermaye piyasası araçları olduğunu söylemek mümkündür.⁴² Sermaye piyasası aracı niteliğinde bulunmayan değerler (örneğin; para piyasası araçları, banknot, döviz veya kambiyo senetleri) bu suçun konusunu oluşturmayacağından dolayı,⁴³ anılan değerlere ilişkin manipülatif işlemler yapılması veya yanıltıcı bilgi yayılması, SerPK m.107 kapsamında cezalandırılmaz.

Sermaye piyasası araçlarının neleri ifade ettiği 6362 sayılı Kanun'da tanımlanmıştır. SerPK 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 5 bendine göre; sermaye piyasası araçları, "Menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını" ifade etmektedir. Sermaye piyasası işlemlerinin asıl konusunu, menkul kıymetler oluşturmaktadır. Menkul kıymetler (örneğin; pay senetleri, kuponlar, borçlanma ve değiştirme hakkı veren senetler), 6362 sayılı Kanun'da tanımlanmamış, fakat sayma yoluyla gösterilmiştir.⁴⁴ Yürürlükten kalkan 2499 sayılı eSerPK'nın 3'üncü maddesinin b fıkrasında yer alan tanımın, hâlen geçerliliğini koruduğu söylenebilir.⁴⁵ İlgili hükme göre menkul kıymetler; "Ortaklık veya alacaklılık sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir getiren, misli nitelikte, seri

⁴¹ Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara: Seçkin Yayınları, 2003, s.130-131.

⁴² Evik, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, s.146.

⁴³ Dursun, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, s.253.

⁴⁴ SerPK m.3/1-o:

"Para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere;

1) Paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikalarını,

2) Borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarını"

⁴⁵ Memiş/Turan, s.60.

halinde çıkarılan, ibareleri aynı olan ve şartları Kurulca belirlenen kıymetli evraktır.” “Diğer sermaye piyasası araçları” ise menkul kıymetler dışında kalan ve şartları Kurulca belirlenen sermaye piyasası araçlarını ifade etmektedir. Diğer sermaye piyasası araçlarına, türev araçlar⁴⁶ (örneğin; *forward*, *futures*, *opsiyon* ve *swap*) örnek verilebilir.

d. Fiil

SerPK'nın 107'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, piyasa dolandırıcılığı suçunun belirli işlemlerle gerçekleştirilmesi hâli tarif edilmektedir. Buna göre; sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler cezalandırılmaktadır. Belirtilen hareketlerden birisinin işlenmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Kanunî tanımında yer alan seçimlik hareketlerin birkaçının aynı olayda ve aynı konuya yönelik işlenmesi hâlinde, tek bir suç fiili söz konusu olacaktır. Bu yönleri itibariyle anılan fiil, seçimlik hareketli suç niteliğindedir.⁴⁷

2499 sayılı Kanun döneminde, ilgili suç tipine tekabül eden düzenleme, m.47/A-2'de yer almaktaydı. Buna göre, yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satım yapanlar ceza yaptırımına uğratılmaktaydı. 6362 sayılı yeni Kanun, işleme dayalı piyasa dolandırıcı-

⁴⁶ SerPK m.3/1-u:

“Türev araçlar: Aşağıda sayılan veya Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer türev araçları: 1) Menkul kıymetleri satın alma veya satma veya birbirleri ile değiştirme hakkı veren türev araçları, 2) Değeri, bir menkul kıymet fiyatına veya getirisine; bir döviz fiyatına veya fiyat değişikliğine; faiz oranına veya orandaki değişikliğine; bir kıymetli maden veya kıymetli taş fiyatına veya fiyat değişikliğine; bir mal fiyatına veya fiyat değişikliğine; Kurulca uygun görülen kurumlarca yayınlanan istatistiklere veya bunlardaki değişikliğe; kredi riski transferi sağlayan, enerji fiyatları ve iklim değişkenleri gibi ölçüm değerleri olan ve bu sayılanlardan oluşturulan bir *endeks* seviyesine veya seviyedeki değişikliğe bağlı olan türev araçları, bu araçların türevlerini ve sayılan dayanak varlıkları birbirleri ile değiştirme hakkı veren türevleri”

⁴⁷ Selman Dursun, “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Suç ve Kabahat Düzenlemelerindeki Yenilikler”, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi-7, İstanbul, 3 Mayıs 2017, in: Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), Ed. Helvacı/Uzel/Sönmez/Özsoy, İstanbul, 2019, s.332.

cılığı suçunun işleniş biçimini, “alım ve satım” hareketlerine münhasır kılmamıştır. Böylece anılan suçun, emir verme, emir iptal etme, emir değiştirme veya hesap hareketleri gerçekleştirme suretiyle işlenme biçimleri de ceza normunun kapsamı dâhiline alınarak, piyasayı manipülatif etkenlerden koruyucu şemsiye genişletilmiştir.

Alım veya satım yapılması, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığının suçunun işleniş biçimlerinden birisidir. Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla yapılan her türden alım veya satım işlemi, suçun oluşumu açısından yeterlidir. Piyasayı etkilemek amacıyla, aracı kurumlara ödenecek komisyon giderini göze alarak, zarar etme görünüşü vererek, kendinden kendine / karşılıklı işlemler yapılması, bu manipülatif alım veya satımların en önemli göstergesidir.⁴⁸ Bahse konu karşılıklı işlemler farklı hesaplardan yapıldığında, diğer yatırımcıların, aslında aktif olmayan bir arz ve talep piyasasının, yanıltıcı görünüşe sebebiyet veren alım ve satımlar nedeniyle, aktif olduğu izlenimine kapılarak aldanması söz konusu olabilecektir.⁴⁹ Müşterek hareket eden yatırımcı grubunun fiyat yükseltici alım işlemleri yapmak suretiyle hâkim durumda olduğu piyasadaki hisse senedi fiyatını bir üst seviyeye taşıyıp taşımaması veya fiyat oluşumuna etkisi olup olmaması hususları, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun işlenip işlenmediğinin diğer önemli göstergeleri arasında sayılacaktır.⁵⁰ Eş söyleyişle, hâkim konumda bulunan ve birlikte hareket

⁴⁸ Merritt B. Fox/Lawrence Glosten/Gabriel Rauterberg, “Stock Market Manipulation and Its Regulation”, *Yale Journal*, Reg.35, No.1, 2018, s.114-115.

⁴⁹ Yarg. 19. CD. 2018/7815 E. 2019/4066 K. 11.02.2019 T. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, 09/04/2020)

⁵⁰ Yarg. 19. CD. 2018/7815 E. 2019/4066 K. 11.02.2019 T. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, 09/04/2020)

“Sanıkların ... Endüstri A.Ş.’ye ait hisse senedi üzerinde 24.10.2005-09.11.2005, 20.09.2005-28.09.2005, 18.08.2005-06.09.2005 tarihleri arasında çeşitli işlemlerle yapay fiyat ve piyasa oluşumuna neden oldukları iddiaları üzerine düzenlenen ... Denetleme Dairesi’nin 27.08.2007 tarihli raporunda; 18.08.2005 ile 06.09.2005 tarihleri arasındaki birinci inceleme döneminde, ..., ..., ... ve...Tekstil tarafından kontrol edilen hesaplardan 8.432.926 adet alış (toplam alışların %48,7’si) 9.432.926 adet satış (toplam satışların %54,47’si) işlemi gerçekleştirildiğinin; 20.09.2005 ile 28.09.2005 tarihleri arasındaki ikinci inceleme döneminde, ..., ..., ... ve ... tarafından kontrol edilen hesaplardan 2.562.229 adet alış (toplam alışların %37,94’i), 1.750.902 adet satış (toplam satışların %25,93’ü) işlemi gerçekleştirildiğinin; 24.10.2005 ile 09.11.2005 tarihleri arasındaki üçüncü inceleme döneminde ise , ..., ..., ... tarafından kontrol edilen hesaplardan 15.594.449 adet alış (toplam alışların %51,32’si), 18.204.548 adet satış (toplam satışların %59,91’i) işlemi gerçekleştirildiği olgusu

eden kişilerin, yapay alım satım işlemleriyle ilgili sermaye piyasası aracının fiyat oluşumunun normal seyrini bozması hâlinde, piyasada yanıltıcı bir görünüm yaratılmış olacağından dolayı, SerPK m.107/1 ihlâl edilmiş olacaktır.

2499 sayılı mülga SerPK'nın ilgili hükmünde yer almayan emir verme, emri değiştirme, emri iptal etme veya hesap hareketi gerçekleştirme fiilleri, 6362 sayılı SerPK m.107/1 hükmünde seçimlik hareketler olarak sayılmıştır. Sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin alınması ve iletilmesi, sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin müşteri adına ve hesabına veya kendi adına ve müşteri hesabına gerçekleştirilmesi, sermaye piyasası araçlarının kendi hesabından alım ve satımı gibi işlemler, yatırım hizmetleri olarak adlandırılmaktadır (SerPK m.37/1); bunlar ancak Kurulca yetkilendirilen yatırım kuruluşları olan aracı kurumlar marifetiyle yapılabilmektedir (SerPK m.39). Borsada, alım satım emirleri sonuçlandırılacak şekilde bir araya getirilmekte; yani emirlerin iletilmesi ve eşleştirilmesi gerçekleştirilmektedir.⁵¹ Borsada alım satım işlemleri, aracı kurumlar vasıtasıyla yapılmakta olduğundan; yatırımcının aracı kuruma ilgili sermaye piyasası aracını alma ya da satma emri vermesi veya daha önce aracı kuruma ilettiği alma veya satma emrini iptal etmesi ya da emrin içeriğini değiştirmesi de sermaye piyasası aracının fiyatları veya arz ve talebi hakkında yanıltıcı izlenim uyandırmaya müsaittir.⁵² Bu nedenle bahsedilen şekilde emir verme, değiştirme, iptal etme şeklindeki elverişli hareketlerle de işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu işlenebilecektir. 2499 sayılı Kanun döneminde işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı kapsamında

karşısında belirtilen fiyat ve miktar hareketlerinin finansal varlığın değerini etkileyebilecek nitelikte olduğu ve adlarına yatırım hesabı açılarak alım satım işlemi gerçekleştirilen tanıkların beyanları ile dosya kapsamındaki tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde sanıkların birlikte hareket edip yapay nitelikte alım ve satım işlemleri gerçekleştirerek söz edilen hisse senedi üzerinde manipülasyon ve piyasa dolandırıcılığı niteliğinde işlem gerçekleştirdikleri halde oluşa ve delillere uygun olmayan bilirkişi raporuna dayanılarak yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi," Yarg. 19. CD. 2015/30694 E. 2017/400 K. 18/01/2017 T. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, 13/04/2020)

⁵¹ Aracı kurumlara iletilen müşteri emirlerine dair detaylı bilgi için bkz. Evik, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, s.175-176.

⁵² Dursun, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, s.255; Geçer, s.252-253.

yalnızca alım ve satım fiilleri cezalandırıldığından;⁵³ emir verme, değiştirme, iptal etme şeklindeki fiiller, ancak anılan suça teşebbüs niteliğinde sayılmaktaydı.⁵⁴ 6362 sayılı SerPK'nın 107'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre anılan hareketlerin işlenmesi hâlinde, tamamlanmış suç söz konusu olacaktır. Yine “hesap hareketleri gerçekleştirme” şeklindeki seçimlik hareketin işlenmesi suretiyle işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşması, 6362 sayılı SerPK ile mümkün hâle gelmiştir. Çünkü yatırımcının, alım satım emri vermeden hesap hareketleri gerçekleştirebilmesi (örneğin *virman talimatı* vermek suretiyle) olanaklıdır. Bu açıdan söz konusu fiillerin, alım veya satım ile aynı etkiyi doğurmaya müsait olduklarından ötürü, kanunî tanımda yer alan seçimlik hareketler arasına dâhil edildiği söylenebilecektir.⁵⁵

Piyasa dolandırıcılığı suçunun işleme dayalı biçiminin oluşumu, yatırımcıların fiilen zarara uğraması koşuluna bağlı değildir. Yine failin, haksız menfaat elde etmesinin suçun oluşumuna etkisi yoktur. Bu yönüyle işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı fiili, zarar suçu değil, tehlike suçu mahiyetindedir. Piyasaya duyulan güvenin, arz ve talebin ekonomik etkenlerin normal seyri dâhilinde oluştuğuna yönelik inancın, SerPK m.107'deki hareketlerle tehlikeye düşürülmesi, tamamlanmış suçun oluşumu için yeterli sayılmıştır. Madde metninde zikredilen “sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak” ibaresinin suçun manevî unsuru ile ilgili olduğu açık ise de hareketin elverişliliğine ilişkin bir ölçüt olması yönüyle maddî unsuru da etkileyeceği dikkate alınmalıdır.⁵⁶ Suç ancak SerPK m.107/1'de yer alan seçimlik hareketlerden birisinin işlenmesi suretiyle oluşabilir; failin icra ettiği hareketin (örneğin alım ve satımın) sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmaya elverişli nitelikte bulunması gerekir. Özetle, işlenen fiilin işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı teşkil etmesi

⁵³ Evik, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, s.173-174.

⁵⁴ Dursun, “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Suç ve Kabahat Düzenlemelerindeki Yenilikler”, s.332-333.

⁵⁵ Geçer, s.252.

⁵⁶ 2499 sayılı Kanun döneminde manipülasyon suçuna ilişkin benzer bir değerlendirme için bkz. Dursun, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, s.257-258.

için anılan amacı meydana getirmeye elverişli bir hareketin yapılması yeterli olup, hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz; bu açıdan SerPK m.107/1’de tanımlanan suç, sırf hareket suçu niteliğindedir.⁵⁷ Suçun menfaat koşuluna bağlanmaması, anılan düzenlemenin manipülatif işlemlerin önlenmesine ilişkin işlevini güçlendirmiştir. Bir başka deyişle, SerPK m.107/1 düzenlemesinin, yatırımcıların aldatılmasına elverişli durumun oluşmasını baştan engelleyici bir ceza normu olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenlerle, anılan fiilin tehlike suçu niteliğini haiz olması, korunan hukukî değere ve sermaye piyasasının özgül koşullarına uygun, isabetli bir tercihtir.

2. MANEVÎ UNSUR

Piyasa dolandırıcılığı suçunun işleme dayalı işleniş biçiminde, özel kast (amaç) unsurunun varlığı aranacaktır. Buna göre, SerPK’nın 107’nci maddesinin 1’inci fıkrasında tanımlanan fiiller, “*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla*” işlenmesi hâlinde, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu oluşacaktır. 2499 sayılı mülga SerPK’nın yürürlükte olduğu dönemde de işleme dayalı piyasa dolandırıcılığında özel kast (amaç) unsurunun varlığı aranmaktaydı.⁵⁸ Anılan amaç, “*yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak*” şeklinde ifade edilmişti.

İnceleme konusu hükümde özel kast unsuruna yer verildiğinden, anılan suç ancak doğrudan kasıtle işlenebilir; fiilin olası kasıtle işlenmesi mümkün değildir.

B. BİLGİYE DAYALI PİYASA DOLANDIRICILIĞI

1. MADDÎ UNSUR

a. Fail

Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu herkes tarafından işlenebilir. Bu suçun işlenebilmesi için belirli özel niteliklere sahip olma şartı

⁵⁷ Dursun, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, s.259.

⁵⁸ Evik, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, s.210.

aranmamıştır. Bundan dolayı, bilgi suistimali suçundan farklı olarak, özgü suç niteliğini taşımamaktadır.

Tüzel kişilerin faaliyeti çerçevesinde veya tüzel kişi yararına anılan suçun işlenmesi hâlinde, tüzel kişinin fail sıfatıyla cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Bu ihtimalde, cezaî yaptırım tüzel kişinin yetkili temsilcisi veya organı olan gerçek kişiye uygulanacaktır. Ancak söz konusu durumda, kanunda açık hüküm bulunması koşuluyla tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabilir. SerPK'nın 114'üncü maddesine göre, inceleme konusu suçun bir tüzel kişinin yararına işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

b. Mağdur

SerPK m.107 hükmünün, bir bütün hâlinde milli ekonomiyi korumaya hizmet eden yapısı gereği, bu suçun işlenmesi ile ihlâl edilen hukukî değerlerin taşıyıcısının, yani suçun geniş anlamıyla mağdurunun tüm toplum olduğunu ifade etmek mümkündür. Yukarıda işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun mağduruna ilişkin yapılan açıklamalar, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından da aynen geçerlidir.

c. Konu

Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı fiili yönünden, hakkında gerçeğe aykırı bilgi verilen, sermaye piyasası araçlarıdır. Bu nedenle, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun konusunun sermaye piyasası araçları olduğunu söylemek mümkündür. Suçun konusu yönünden işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı fiili ile bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı fiili arasında bir fark bulunmamaktadır. Sermaye piyasası aracı niteliğinde bulunmayan değerler bu suçun konusunu oluşturmayacağından; anılan değerlere ilişkin yanıltıcı bilgi yayılması, SerPK m.107/2 kapsamında cezalandırılmaz. “*Sermaye piyasası araçları*” hususunda, yukarıda işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun konusu kısmında yapılan açıklamalar, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun konusu yönünden de aynen geçerlidir.

d. Fiil

Sermaye piyasası aracının değerinin oluşmasında ve yatırımcı kararlarının verilmesinde en önemli etken bilgidir. Yatırımcı, ortaklığın malî yapısı ve kârlılığı hakkında doğru bilgilendiği takdirde sağlıklı karar verebilir; piyasaya ilişkin bilgilerin doğruluğuna güven duyduğu ölçüde sermaye piyasasında işlem yapma ve bu şekilde tasarruflarını değerlendirme eğilimi gösterir. Esasen sermaye piyasası alanındaki hukukî düzenlemelerin ve bağımsız idarî otorite olan Sermaye Piyasası Kurulu'nun denetleme ve düzenleme yetkisinin ihdas edilmesi, bu güvenin korunmasını amaçlamaktadır.⁵⁹

Sermaye piyasası hukukunun önemli bir boyutunu oluşturan husus, kamuya sağlıklı bilgi akışını sağlamak; yani yatırımcıların, sermaye piyasası aracı ihraç eden ortaklığın finansal durum ve performansı ile geleceğe yönelik beklentilerine, faaliyetlerine, ihraç edilecek veya borsada işlem görecektir sermaye piyasası araçlarının özelliklerine ve bunlara bağlı hak ve risklere ilişkin olarak bilinçli bir değerlendirme yapmasını sağlayacak nitelikteki tüm bilgilere, doğru ve eksiksiz şekilde erişimini güvence altına almaktır. Kamuyu aydınlatma ilkesi, kamuya sağlıklı bilginin sunulmasını amaçlar. Bu amacı gerçekleştirme doğrultusunda, izahnamenin hazırlanması yükümlülüğü; izahnamenin doğruluğundan belirli kişilerin sorumlu tutulması; finansal tablo ve raporların Kurul'un öngördüğü standartlara uygun ve doğru biçimde hazırlanıp sunulması; bağımsız denetim raporu alınması, gerektiğinde özel durum açıklaması yapılması (sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgilerin, olayların vs.) gibi güvenceleri içeren kanunî düzenlemeler öngörülmüştür. Kamuyu aydınlatma ilkesi, aynı zamanda, yanlış bilgi yayılması suretiyle yatırımcıların aldatılmasının ve bazı kişilerin konumları gereği vâkıf olduğu fakat diğer yatırımcıların bilmediği bilgilere dayalı olarak haksız menfaat elde edilmesinin önlenmesini de gerektirir. Yatırımcının karar alırken dayandığı bilgilerin sıhhati temin edilmediği takdirde, piyasadaki arz ve talebin gerçek durumu yansıttığına güven duyulmayacaktır. Güven duyulmayan piyasanın, tasarrufları çekmesi ve ciddi bir finansman kaynağı yaratması mümkün değildir.

⁵⁹ Memiş/Turan, s.45.

SerPK'nın 107'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan düzenleme, sermaye piyasasındaki yerini açıkladığımız bilginin manipüle edilmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Kanun, kamunun aydınlatılması için sağlıklı bilgi akışının sağlanmasını güvence altına alan düzenlemelerin yanı sıra, aldatıcı bilgi yayılmasını engellemeye yönelik ceza normları da öngörmüştür. Aldatıcı bilginin yayılmasının ceza yaptırımları ile caydırılması, piyasaya güvenin korunması bakımından vazgeçilmez önem taşımaktadır. Anılan fıkra hükmüne göre; sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, söylenti çıkarılması, haber verilmesi, yorum yapılması veya rapor hazırlanması ya da bunların yayılması ve bu suretle menfaat sağlanması ceza yaptırımına bağlanmıştır. İnceleme konusu normun ihdası ile kişilerin yanıltıcı bilgi akışına neden olarak, kendi lehlerine ve diğer yatırımcıların aleyhine bilgi dengesizliği yaratmaları ve bu şekilde menfaat sağlamaları önlenmek istenmiştir. Örneğin bu suçun failleri, ilgili sermaye piyasası aracının değerini, yanlış bilgi yaymak suretiyle piyasanın normal seyri dışında düşürebilmekte; düşük seviyeden yoğun biçimde alım yapıp, ardından fiyat yükseldiğinde satarak, menfaat temin elde edebilmektedir.⁶⁰ İnceleme konusu SerPK m.107/2, bilgi üzerinden yapılan bu tip manipülasyonları yaptırım altına almaktadır.

6362 sayılı SerPK yürürlüğe girmeden önce, 2499 sayılı Kanun'un m.47/A-3 hükmü, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığını düzenlemekteydi. Anılan düzenlemeye göre, sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi verilmesi, haber yayılması, yorum yapılması ya da kişilerin açıklamakla yükümlü oldukları bilgilerin açıklanmaması, suçun seçimlik hareketlerini oluşturmaktaydı. Yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, haber yayılması ve yorum yapılması iki hükümde de müşterek olan seçimlik hareketlerdir. SerPK m.107/2 hükmü, bu seçimlik hareketlerin yanı sıra, "söylenti çıkarılması" "yanıltıcı rapor hazırlama" ve "bunları yayma" gibi davranışları da suçun seçimlik hareketlerine ekleyerek, bilgiye dayalı dolandırıcılık fiillerinin kapsam alanını genişletmiştir. Yanıltıcı rapor hazırlama fiilinin seçimlik hareketlere ilave edilmesiyle, ihraççılar ve sermaye piyasası araçlarına ilişkin araştırma ve değerlendirme rapor-

⁶⁰ Fox/Glosten/Rauterberg, s.75.

ları hazırlayan profesyonel kimseler, daha özenli davranmaya sevk edilmiştir.⁶¹ “Söylenti çıkarılması” yani kesinlik kazanmayan haberin söz konusu olduğu hâllerin suç kapsamına alınması sayesinde, AB Piyasasının Kötüye Kullanılması direktifinde özellikle bahsedilen bir hareket de ceza normunun kapsamına dâhil edilmiştir.⁶² Eski düzenlemeden farklı olarak kişilerin açıklamakla yükümlü oldukları bilgilerin açıklanmaması, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığının seçimlik hareketleri arasında yer almamıştır. Bu hususun, bilgileri açıklamaya ilişkin genel yükümlülüğe aykırılık olarak nitelenerek SerPK m.103 kapsamında veya piyasa bozucu eylem olarak nitelenerek SerPK m.104 kapsamındaki bir kabahat sayılarak cezalandırılması mümkündür.⁶³

Yalan, yanlış veya yanıltıcı her türden bilginin yayılması ile bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu oluşmaz. Suçun oluşumu, yayılan bilginin, “sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını” etkilemeye elverişli, nitelikli bilgi olmasına bağlıdır.⁶⁴ Diğer bir ifadeyle, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı fiilinin işlenbilmesi için sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemeye elverişli bir bilginin yayılmasının söz konusu olması gerekir. Eski düzenlemede ceza normunun koruma alanı, yalnızca sermaye piyasası araçlarının değerinin etkilenmesine münhasırdı. Yeni düzenleme, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemeye elverişli bilgi açıklamalarını kuşatıcı bir koruma alanı öngörmektedir. İlgili sermaye piyasası aracının değerini etkilemeyen, ancak yatırımcıların kararlarına tesiri bulunan manipülatif bilgi açıklamaları da bu sayede ceza yaptırımı ile karşılanabilecektir.

SerPK'nın 107'nci maddesinin 2'nci fıkrasının ilk hâlinde, suçun oluşması için menfaat koşulu yer almamaktaydı. Böylece, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçuna paralel olarak tehlike suçu niteliğini taşımaktaydı. 27.03.2015 tarihinde yürürlüğe giren 6637 sayılı Kanun, ilgili fıkra metnine “ve bu

⁶¹ Memiş/Turan, s.213.

⁶² Dursun, “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Suç ve Kabahat Düzenlemelerindeki Yenilikler”, s.333.

⁶³ Dursun, “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Suç ve Kabahat Düzenlemelerindeki Yenilikler”, 334.

⁶⁴ Manavgat, s.31.

suretle menfaat sağlanması” ifadesini eklemiştir. Bu değişiklik ile, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu, zarar suçu hâline getirilmiştir.⁶⁵ Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı fiilinde menfaat elde etme koşulunun aranması, anılan ceza normunun bilgi dengesizliğini önleyici işlevini zayıflatmıştır. Eş söyleyişle, gerçeğe aykırı bilginin kamuya açıklanmasına rağmen bilgiyi açıklayanın menfaat elde etmemesi hâlinde failin cezaî sorumluluğunun doğmayacak olması; anılan fiilin piyasada yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgilerle, bilgi dengesizliğinin oluşmasını engelleyici işlevini, yani ceza normunun koruma alanını daraltmıştır.⁶⁶ Komisyonun değişiklik gerekçesinde, “...maddede sayılan füllerin sermaye piyasası araçlarının fiyatını, değerini veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileme amacıyla gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin somut olay bazında tespitinin güç olması nedeniyle, söz konusu amacın, fiili gerçekleştirenin menfaat temin etmesi şartı ile somutlaştırılması amacıyla”⁶⁷ menfaat koşulunun eklendiği ifade edilmiştir. Teklif metninde yer alan, “kendisinde veya bir başkasına doğrudan yahut dolaylı bir” ibaresi çıkarılmış hâliyle teklif yasalaşmıştır. Her ne kadar değişiklik teklifindeki anılan ibareler çıkarılmış olsa da kanundaki menfaat teriminin, failin kendisine veya başkasına sağlanabilecek, doğrudan veya dolaylı her türden menfaati içerecek şekilde yorumlanması, normun koruma amacına daha uygun olacaktır.⁶⁸

Kanun lafzında yalnızca “*menfaat*” ibaresine yer verilmiştir, menfaatin hangi nitelikte olması gerektiği hususunda bir açıklık yoktur. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucunun yalnızca maddî / ekonomik menfaati kast edip etmediği; manevî menfaatin de söz konusu suçun oluşması açısından yeterli olup olmadığı hususunda kanunda açık bir ibare yer almamaktadır. 6362 sayılı SerPK’da menfaat teriminin kullanıldığı diğer hükümler incelendiğinde (m.1, 31/B-2, 46/5, 56/6 vd.), anılan kanunda menfaatten, münhasıran maddî menfaatlerin kast

⁶⁵ Failin kendisine veya başka yarar sağlamanın arandığı suçlar, zarar suçu niteliğindedir. Dolandırıcılık suçunun zarar suçu olduğuna ilişkin bkz. Mustafa Artuç, Pratik Türk Ceza Kanunu, Ankara: Adalet, 2019, s.913. SerPK m.107/2 de aynı koşulu ihtiva ettiğinden, zarar suçu olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

⁶⁶ Manavgat, s.35; Dursun, “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun Suç ve Kabahat Düzenlemelerindeki Yenilikler”, s.334.

⁶⁷ 6362 sayılı Kanun’un 107’nci maddesinin 2’nci fıkrasının değişiklik gerekçesi için bkz. (<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlrno=179719&pkanunnumarasi=6637>, Erişim Tarihi:22/04/2020)

⁶⁸ Aynı doğrultuda: Manavgat, s.35.

edildiği izlenimi doğmaktadır. TCK terminolojisinde “*menfaat*” ile “*çıkar*” / “*kazanç*” kavramlarının ayrı terim anlamları olduğu, menfaatin ekonomik çıkardan daha geniş olduğu, manevî menfaati de kapsadığı söylenebilir.⁶⁹ Bu açıdan inceleme konusu hüküm, TCK’da yer almış olsaydı; kanunda yer alan “*menfaat*” teriminin, maddî ve manevî her türden menfaati içerecek şekilde anlaşılması mümkün olurdu. Bunun diğer bir göstergesi de TCK’nın münhasıran ekonomik yararı kast ettiği hâllerde, “*maddî menfaat*” tamlamasını kullanmasıdır (TCK 55/1-2, 64/1, 79/1). TCK bakımından durum böyle olmakla birlikte, SerPK’da “*menfaat*” ile “*çıkar*” / “*kazanç*” ayırımına rastlanmamaktadır. Örtülü kazanç aktarımı yasağını içeren maddede (SerPK m.21) kazanç terimi yer almakla birlikte, burada ticaret hukuku terminolojisinin gereği olarak böyle bir ibareye yer verildiği söylenebilir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, SerPK’nın “*menfaat*” terimini, TCK’dan farklı olarak münhasıran maddî menfaati ifade etmek üzere kullandığı sonucuna varmaktayız. İnceleme konusu hükmün koruduğu hukukî değer de göz önüne alındığında, “*menfaat*” teriminin maddî / ekonomik menfaat şeklinde anlaşılması isabetlidir. Kanununun muhtelif hükümleri de bu yorumu desteklemektedir. Örneğin, SerPK m.103’de yer alan kabahat niteliğindeki fiillerin işlenmesi hâlinde -yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması koşuluyla- “*verilecek idarî para cezasının miktarı bu menfaatin iki katından az olamaz.*” Yine SerPK m.107/1’de yer alan işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçuna karşılık öngörülen adlî para cezası yaptırımını yönünden, “*suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz*” koşuluna yer verilmiştir. Anılan hükümler de SerPK m.107’de yer alan “*menfaat*” ibaresinden, münhasıran maddî / ekonomik menfaatin kast edildiği hususundaki kanaatimizi destekleyici mahiyettedir.

SerPK m.107/2 hükmünde açıkça belirli kişi veya kişilerin zarara uğramasından bahsedilmemekle birlikte, failin anılan suçta işleyebilmesinin “*menfaat sağlanması*” koşuluna tâbi tutulmasından hareketle, failin sağladığı menfaatin mukabili bir zararın doğması gerektiği ifade edilebilecektir. Bu nedenle, “*menfaat sağlanması*” koşulunun, anılan fıkrada yer verilen fiilin işlenmesi suretiyle “*zarar neticesi*” doğmasını -ör-

⁶⁹ Fatih Birtek, “Yağma Suçu Bakımından Yarar Sağlama Amacı”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y:15, S:44, Aralık 2020, s.693.

tülü olarak- gerektirdiği söylenebilecektir.⁷⁰ Fıkıradaki yer alan “*menfaat*” ibaresinden yalnızca maddî menfaat anlaşılması gerektiğinden; suçtan doğrudan doğruya zarar görenlerde veya kamuda oluşması gereken zararın, mağdurun veya kamunun malvarlığının aktifinde azalma veya pasifinde artma⁷¹ şeklinde yorumlanması gerekir.

2. MANEVİ UNSUR

Piyasa dolandırıcılığı suçunun bilgiye dayalı işleniş biçiminde -tıpkı işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı fiilindeki gibi- özel kast (amaç) unsurunun varlığı aranacaktır. SerPK'nın 107'nci maddesinin 2'nci fıkrasında tanımlanan suçun oluşumu, bahse konu fıkrada tarif edilen hareketlerin, “*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla*” icra edilmesine bağlıdır. 2499 sayılı Kanun, “*sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek*” olmayı, failin amacı olarak değil; maddî unsuru oluşturan bilginin niteliği olarak ifade etmişti. Fiilin işlenebilmesi için ise genel kast yeterliydi.⁷² İnceleme konusu SerPK m.107/2, açıkça failin anılan amaçla hareket etmesini aramıştır. Ayrıca yatırımcıların kararlarının etkilenmesi gâyesini, amaç kapsamına dâhil etmiştir. Her ne kadar bahsedilen husus bilginin niteliği olmaktan ziyade, failin amacı olarak ele alındıysa da yukarıda maddî unsur kapsamında yaptığımız açıklamalarda görüleceği üzere, bilginin nitelikli olması, yani sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların kararlarını etkilemeye elverişliliği, suçun oluşması için şarttır. Amacın ispat edilmesi bakımından birtakım zorlukların söz konusu olabileceği düşünülebilirse de bazı olguların varlığı, failin sermaye piyasası aracının fiyatını, değerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla hareket ettiğinin göstergesi olabilir. Örneğin haberin yanlış veya yanıltıcı olduğunu ilk

⁷⁰ TCK m.157'de düzenlenen dolandırıcılık suçu bakımından da “yarar sağlanması” koşulu aranmaktadır. Özbek/ Doğan/Bacaksız'a göre dolandırıcılık suçu neticeli bir suçtur. “Mağdurun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamış olmak” neticedir. Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.713. Bu yorumun, benzer bir koşulu içeren SerPK m.107/2 hükmü için de geçerli olduğunu düşünmekteyiz. Dolandırıcılık suçunun oluşması için mağdurun malvarlığında zarar meydana gelmesi gerektiği yönünde bkz. Mustafa Artuç, Pratik Türk Ceza Kanunu, s.913.

⁷¹ Mustafa Artuç, Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s.631.

⁷² Evik, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, s.271.

bakışta basit bir inceleme ile anlaşılması; tekzip edilmiş haberin ısrarla yayılmaya devam edilmesi gibi olgular, failin anılan amaçla hareket ettiğinin göstergesi sayılabilecektir.⁷³

İnceleme konusu hükümde özel kast unsuruna yer verildiğinden, anılan suç ancak doğrudan kasıtle işlenebilir; fiilin olası kasıtle işlenmesi mümkün değildir.

IV. SUÇ OLUŞTURMAYAN HÂLLER

Kanun koyucu SerPK'nın 108'inci maddesinde, piyasa dolandırıcılığı ve bilgi suistimali suçları açısından birtakım özel hukuka uygunluk hükümleri öngörmüştür. İlgili madde kapsamında sayılan hâllerde, SerPK m.107 kapsamında tipik fiil işlenmiş olsa dâhi, kanun hükmünün icra edilmesi sebebiyle, söz konusu fiil hukuka uygunluk niteliğini koruyacaktır.

SerPK m.108'e göre; "(a) TCMB ya da yetkilendirilmiş başka bir resmî kurum veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının uygulanması veya finansal istikrarın sağlanması amacıyla işlem yapılması b) Kurul düzenlemelerine göre uygulanan geri alım programları, çalışanlara pay edindirme programları ya da ihraççı veya bağlı ortaklığının çalışanlarına yönelik diğer pay tahsis edilmesi c) Kurulun bu Kanun kapsamındaki fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ve piyasa yapıcılığına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak icra edilmeleri kaydıyla, münhasıran bu araçların piyasa fiyatının önceden belirlenmiş bir süre için desteklenmesi amacıyla sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi" halleri, bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı teşkil etmeyecektir.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Piyasa dolandırıcılığı suçunun işleme dayalı hâlinin oluşması için belirli bir neticenin varlığı aranmamaktadır. Bu nedenle fail, SerPK m.107/1'de tanımlanan hareketleri gerçekleştirdiğinde suç oluşacaktır. Yalnızca alım ve satım yapma fiillerini kapsamına alan eski düzen-

⁷³ Memiş/Turan, s.212-213.

lemenin aksine, emir verme, değiştirme, iptal etme ve hesap hareketleri gerçekleştirme şeklindeki hareketleri de kapsamına alan 6362 sayılı SerPK'daki düzenleme, bu yönüyle daha kuşatıcı bir mahiyet içermektedir. Sırf hareket suçları ancak icra hareketleri kısımlara bölünebildiği oranda teşebbüse elverişlidir, bu nedenle işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı fiilinin icrasının kısımlara bölünebildiği hâllerde, suçun teşebbüs aşamasında kalması söz konusu olabilir. İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı fiilinin, yalnızca emir vermek, değiştirmek, iptal etmek veya hesap hareketi gerçekleştirmek suretiyle işlenme hâllerinin de mevcut kanunî düzenlemenin kapsamında sayılması nedeniyle, söz konusu fiil bakımından icra hareketlerinin kısımlara bölünmesi ve bu şekilde teşebbüste kalma hâlinde bahsetmek bir hayli güçleşmiştir. Böylece kanunda öngörülen amaca yönelik verilen emirlerin söz konusu olduğu hallerde de teşebbüsten değil, tamamlanmış suçtan söz edilecektir.

Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından kanun koyucu haksız menfaat koşulunu aramıştır. Bu açıdan, piyasa dolandırıcılığının SerPK m.107/2'deki işleniş biçiminin neticeli suç niteliğinde olduğu açıktır. Fail, kanunda tarif edilen hareketleri işlediği, fakat sonucunda kendisine veya başkasına menfaat temin edemediği takdirde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

B. İŞTİRAK

İnceleme konusu suça iştirakin her şekli mümkün olup; anılan suç, iştirak bakımından bir özellik göstermemektedir. Mülga 2499 sayılı Kanun'un 47/A-2,3 bendlerinde, piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyenler için "...gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler" şeklinde bir ibare yer almaktaydı. TCK'nın iştirake ilişkin genel hükümlerinin, söz konusu ibareyi gereksiz kılması karşısında, yeni kanunda buna benzer bir ibareye yer verilmemiştir.⁷⁴

C. İÇTİMA

Mülga 2499 sayılı Kanun'un 47'nci maddesinde tanımlanan piyasa dolandırıcılığı fiili, ancak "*diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı*

⁷⁴ Dursun, "6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Suç ve Kabahat Düzenlemelerindeki Yenilikler", s.327.

gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde" anılan madde kapsamında cezalandırılmaktaydı. Bu yönüyle yardımcı (talî) norm niteliğindedir. Eş söyleyişle, mülga kanundaki hüküm, ancak fiilin başka bir aslı ceza normunu ihlâl etmemesi hâlinde uygulanma imkânı bulacaktı. İnceleme konusu 6362 sayılı SerPK m.107/1,2 hükümleri ise yardımcı (talî) norm biçiminde kaleme alınmamıştır. Bu yönüyle, SerPK m.107/1-2 hükümlerinin uygulanabilmesi, bir başka aslı normun boşluk bıraktığı hususlara münhasır kılınmamıştır.

Piyasa dolandırıcılığı suçuna ilişkin muhtemel görünüşte içtima (normların içtima) sorunlarına da değinmek gerekir.⁷⁵ Görünüşte içtima hâlinde, bir fiil ile birden fazla normun ihlâli söz konusu olmakta; ancak görünüşteki suçların çokluğunun aksine gerçekte yalnızca bu normlardan birisi uygulanabilmektedir.⁷⁶ Bu çerçevede, piyasa dolandırıcılığı fiili ile TCK'da yer alan dolandırıcılık fiili arasında içtima durumunu değerlendirmekte yarar vardır. Diğer bir ifadeyle, piyasa dolandırıcılığı suçunun, dolandırıcılık suçunun özel bir türü olup olmadığını, aralarında genel norm – özel norm ilişkisinin bulunup bulunmadığını irdelemek gerekmektedir. Bilindiği üzere, görünüşte içtima hallerinden birisi, özel norm – genel norm ilişkisinin bulunmasıdır. Genel norm ile özel norm aynı hukukî değeri korumaktadır; fakat özel norm, genel normun tüm unsurlarını taşımasının yanı sıra, genel normda yer almayan özel bazı unsurları da içermektedir.⁷⁷ Bir olayda özel normun unsurları bütünüyle gerçekleşmişse, "*özel normun önceliği*" ilkesi gereği, yalnızca özel norm uygulama alanı bulacaktır. Genel norm – özel norm ilişkisine, suçun temel ve nitelikli hâlleri arasındaki ilişki ve özgü suç ile genel suç arasındaki ilişki örnek verilebilir. Düşüncemize göre, ilgili kısımda izah edildiği üzere piyasa dolandırıcılığı suçu, dolandırıcılık suçunun özel bir türü değildir. İnceleme konusu suç açısından belirli bir şahsın değil, kamunun aldatılması söz konusu olduğundan bu iki suç arasında yapısal farklılıklar bulunmaktadır. Piyasa dolandırıcılığı suçu piyasaya güveni korumakta iken dolandırıcı-

⁷⁵

⁷⁶ Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Adalet Yayınları, Eylül 2019, s.769-770; Koca / Üzülmöz, s.549.

⁷⁷ Akbulut, s.771; Koca/Üzülmöz, s.550.

lık suçu ile korunan hukukî değer bireyin malvarlığı hakları ve irade özgürlüğüdür. Yine işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı fiilinin tehlike suçu olarak düzenlenmesi, zarar suçu niteliğindeki dolandırıcılık hükümünden ayrılmaktadır. Anılan yapısal unsurların ve korunan hukukî değerlerin farklılığı sebebiyle, TCK'da yer alan dolandırıcılık suçu ile SerPK'da düzenlenen piyasa dolandırıcılığı suçu arasında bir örtüşme söz konusu değildir; yalnızca aldatıcı mahiyette hareketlerin sergilenmesi yönünden bir benzerlik bulunmaktadır. Piyasa dolandırıcılığı, dolandırıcılık suçundaki tüm unsurları içeren fakat buna ilaveten ek bazı unsurları da mevcut olan ve aynı hukukî değeri koruyan özel norm değildir. Bu nedenlerden dolayı, anılan suçlar arasında genel norm- özel norm ilişkisi kurulamaz.

Mağduru belirli bir kişi olmayan suçlar bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel bulunmamaktadır. Bu nedenle, piyasa dolandırıcılığı suçunun -gerek işleme dayalı gerekse bilgiye dayalı türünün- bir suç işleme kararı kapsamında birden fazla kez işlenmesi hâlinde, fail hakkında TCK m.43/1 uyarınca bir cezaya, dörtte birden dörtte üçüne kadar artırım yapılarak, hükmedilecektir.

TCK m.43/1 hükmüne göre, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı "*aynı suçun*" birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilecektir. Anılan fıkranın 3'üncü cümlesi, "*aynı suç*" ibaresinden ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre, "*bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.*" SerPK m.107 hükmünde işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu ile bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu, unsurları birbirinden farklı suçlar olarak düzenlendiğinden ve aralarında suçun temel şekli - suçun nitelikli hâli ilişkisi de bulunmadığından; bu suçların TCK m.43/1 uygulanması açısından "*aynı suç*" sayılması mümkün değildir. Bu nedenle, failin bir suç işleme kararı çerçevesinde, hem işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu hem de bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu işlemesi hâlinde teselsülün varlığından söz edilemez ve TCK m.43/1 uygulanmaz. Fakat piyasa dolandırıcılığı suçunun her bir işleniş biçimi, kendi arasında zincirleme şekilde (*müteselsilen*) işlenebilir. Bu ihtimalde, TCK m.43/1 uygulanabilecektir.

VI. CEZAYI AZALTAN VEYA KALDIRAN KİŞİSEL NEDEN: ETKİN PİŞMANLIK

Kanun koyucu işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı fiiline ilişkin etkin pişmanlık hükmü öngörmüştür. SerPK m.107/3'e göre; birinci fıkrada tanımlanan işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen kişi pişmanlık göstererek, beş yüz bin Türk Lirasından az olmamak üzere, elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı miktarı kadar parayı, henüz soruşturma başlamadan önce Hazine'ye ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz (SerPK m.107/3-a). Bu hâlde cezayı kaldıran bir etkin pişmanlık durumu söz konusu olacaktır.

Cezayı kaldıran kişisel neden olarak etkin pişmanlık hükmünün uygulanabileceği hâllerde, SerPK m.107/3-a hükmünde yer alan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini tayin edecek merciin hangisi olduğu hususunda kanun metninde bir açıklık yer almamaktadır. SerPK m.107/3-a hükmünün uygulanabilmesi, henüz soruşturmanın başlamamış olmasına bağlıdır. SerPK m.115/1 gereği, anılan suça ilişkin ceza soruşturması yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda (muhakeme şartı) bulunulması ile mümkündür. Dolayısıyla SerPK m.107/3-a hükmünün uygulanabilmesi için, Kurulun yetkili Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuru yapmasından önce, failin etkin pişmanlık göstererek kanundaki koşullara uygun tutarda ödeme yapması gerekir. Bu durumda, SerPK m.107/3-a hükmüne uygun bir ödemenin yapıldığı Kurul tarafından tespit edildiği takdirde; Kurulun, Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuru yapmaması suretiyle dosyayı kendisinin kapatıp kapatamayacağı sorusu akla gelmektedir. Düşüncemize göre, SPK idarî nitelikte bir organ olduğundan dolayı, cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükmünün şartlarının somut olayda gerçekleştiğini kendisi takdir edemez. Kurul, yazılı başvuru yapılmadan önce SerPK m.107/3-a hükmüne uygun bir ödemenin Hazine'ye yapıldığını tespit ettiği takdirde dâhi, cezayı kaldıran kişisel nedenin gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir yetkisi münhasıran adli makamlara ait olduğundan, Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunması gerekir. Cumhuriyet başsavcılığı yazılı başvuru üzerine soruşturma açmalı; SerPK m.107/3-a hükmünün şartlarının somut olayda gerçekleştiğini tespit ettiği takdirde, CMK m.171/1 uyarınca, olayda "cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükmü-

rinin uygulanmasını gerektiren koşulların” olduğundan bahisle kovuşturmaya yer olmadığı kararını vermelidir.

Yazılı başvurudan sonra ödeme yapılması hâlinde, fail anılan fıkranın a bendinden yararlanamayacaktır. Bu ihtimalde ancak SerPK m.107/3-b uyarınca cezanın indirilmesi mümkün olacaktır (cezanın indirilmesini gerektiren kişisel neden).

Suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatin iki katı soruşturma başlatıldıktan sonra fakat kovuşturmaya geçilmeden önce ödendiği takdirde, verilecek cezada yarı oranında indirim yapılacağı öngörülmüştür (SerPK m.107/3-b). Fail, kovuşturma evresinde hüküm verilmeye kadar elde edilen menfaatin iki katını ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilecektir (SerPK m.107/3-c).

VII. SORUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

Piyasa dolandırıcılığı suçuna ilişkin soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlı tutulmuştur. Kurul tarafından yazılı başvurunun yapılması, muhakeme şartı niteliğindedir (SerPK m.115/1). Burada söz konusu muhakeme şartının, şikâyet, izin ve talep şartlarından farklı, özel bir muhakeme şartı niteliğini haiz olduğu öğretide ifade edilmiştir.⁷⁸

Başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, bir örneği Kurula tebliğ edilir ve Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır (SerPK m.115/2). Piyasa dolandırıcılığı suçunun soruşturulmasında Cumhuriyet savcısı, Kurul meslek personelinin yararlanabilir ve şüpheli veya tanık sıfatıyla kişilerin ifadesinin alınması sırasında Kurul meslek personelinin de hazır bulunması sağlanabilir (SerPK m.115/3). Cumhuriyet savcısının piyasa dolandırıcılığına ilişkin yürüttüğü bir soruşturma kapsamında kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi hâlinde, Kurul bu karara karşı itiraza yetkilidir (SerPK m.115/4).

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyenler, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası

⁷⁸ Uğur Aşkın, “Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.XXIV, S:2, Aralık 2018, s.704.

ile cezalandırılır. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz. Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı fiilinin işlenmesi durumunda öngörülen yaptırım ise üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır. Kanunun ilk hâlinde, gerek işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu gerekse bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu için öngörülen hapis cezasının alt sınırı iki yıldır. 20.2.2020 tarihli ve 7222 sayılı Kanun'un 38'nci maddesiyle SerPK m.107 hükmünde yer alan hapis cezasının alt sınırı üç yıl olarak değiştirilmiştir. Değişiklik gerekçesine göre; *"Madde ile 6362 sayılı Kanununun 107'nci maddesi kapsamında verilecek cezaların alt sınırı üç yıla çıkarılarak caydırıcılığın artırılması amaçlanmaktadır."* Alt sınırın üç yıla çıkarılması suretiyle, fiili işlediği sabit olan fail hakkında, CMK 231/5 uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi ve TCK m.51/1 uyarınca hapis cezasının ertelenmesine karar verilmesi ihtimalleri devre dışı bırakılmaktadır. Böylece söz konusu yaptırımların daha caydırıcı hâle geldiği söylenebilecektir.

SONUÇ

Sermaye piyasası, fon ihtiyacı bulunan şirketler için önemli finansman yöntemini oluşturmakta ve yatırımcılar için de tasarruflarını değerlendirebilecekleri bir pazarı sunmaktadır. Bu yönüyle bir ülkenin ekonomik hayatında önemli bir rol oynamaktadır. Sermaye piyasasının güvenli işlemesi, piyasanın derinliğini ve işlem hacmini artıracak; ekonomik büyümeye olumlu katkı sağlayacaktır. Fakat borsaların ilk kuruldukları günlerden bu yana, çeşitli haksız kazanç olayları ile gündeme gelmeleri, bu alanın kendine özgü bir hukuk kuralları ile düzenlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu tip suistimallerin önlenmesi için kamusal otoritelerin ihdas edilmesine, ihraççılar için bazı yükümlülüklerin öngörülmesine ve bazı fiillerin cezaî yaptırım tehdidi ile yasaklanmasına ihtiyaç duyulmuştur. İnceleme konusu piyasa dolandırıcılığı fiilleri de sermaye piyasasında birtakım aldatıcı hareketler yoluyla haksız kazanç elde edilmesini ve bu suretle piyasaya güvenin zedelenmesini önlemeyi amaçlamaktadır.

6362 sayılı SerPK'nın 107'nci maddesinin 1'nci fıkrasında piyasa dolandırıcılığının işleme dayalı hâli, 2'nci fıkrasında ise bilgiye dayalı hâli düzenlenmiştir. 6362 sayılı SerPK, 2008 küresel krizinin sebepleri

gözetilerek, finans piyasalarındaki kamusal denetiminin sıkılaştırılması, manipülatif etkenlerle daha etkili mücadele edilmesi düşüncesinin ürünü olarak hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Bahsedilen saiklerin, piyasa dolandırıcılığı fiillerinin düzenlenmesinde de yansımaları görülmüş; mülga 2499 sayılı Kanuna nazaran, anılan suçun kanunî tanımının kapsamı genişletilmiştir. Böylece piyasadaki fiyat mekanizmasını normal işleyiş biçiminden saptırabilecek nitelikteki yanılıcı müdahalelerin, sermaye piyasası aracı ve yatırımcıların kararları üzerinde etki göstermesine, cezaî yaptırım tehdidi vasıtasıyla engel olunmak istenmiştir. Ayrıca bilginin sermaye piyasasındaki ifa ettiği rol dikkate alınarak, yanlış, yanılıcı veya yalan bilginin yayılmasının sermaye piyasasında yaratabileceği yapay ve aldatıcı görünümünün engellenmesi de hedeflenmiştir. İnceleme konusu piyasa dolandırıcılığı suçunun koruma alanı, bahsedilen bu amaçları gerçekleştirmeye yönelik olarak belirlenmiştir. Sermaye piyasası alanının özellikleri dikkate alındığında, bu alanda meydana gelen aldatıcı eylemlerin ve bu suretle elde edilen haksız kazançların, malvarlığına karşı suçlara ilişkin klasik ceza hukuku enstrümanlarıyla (hususen dolandırıcılık suçu ile) önlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle piyasa dolandırıcılığı fiili, sermaye piyasası hukukunun hususiyetleri gözetilerek düzenlenmiştir. Anılan suçun öncelikli konulma amacı ve başlıca koruduğu hukukî değer, sermaye piyasasına güvenin korunmasıdır. Herkes tarafından işlenebilen bu fiilin geniş anlamda mağduru, sermaye piyasasının herkesi ilgilendiren mahiyeti gereği toplumun tamamıdır. Toplumun tamamını temsilen bu suçların soruşturulmasında ve kovuşturulmasında bir ceza muhakemesi sujesi olarak Sermaye Piyasası Kurulu birtakım yetkiler ve görevlerle donatılmıştır.

Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanılıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler, piyasa dolandırıcılığı fiilinin işleme dayalı hâlini işlemiş olmaktadır. Suçun işleme dayalı hâli, piyasayı korumaya yönelik konulma amacı doğrultusunda, tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı fiili, sermaye piyasasında fiyat mekanizması işleyişi ve yatırımcıların kararlarının oluşumunda başat etken rolünü ifa eden bilginin, manipüle edilmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Anılan fıkra hükmüne göre;

sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, söylenti çıkarılması, haber verilmesi, yorum yapılması veya rapor hazırlanması ya da bunların yayılması ve bu suretle menfaat sağlanması ceza yaptırımına bağlanmıştır. Bu suçun oluşumu bakımından, kanunda sonradan yapılan değişikliklerle haksız menfaat şartı eklenmiş ve bu suretle anılan suç, zarar suçu hâline getirilmiştir. Aldatıcı bilginin yayılmasının ceza yaptırımları ile caydırılmasının, piyasaya güvenin korunması bakımından vazgeçilmez önem taşıdığı dikkate alındığında, menfaat koşulunun isabetli olmadığını söylemek mümkündür.

İnceleme konusu suçun, ekonomik suç mahiyetinde olmasından dolayı, bu suçtan doğan ekonomik zararın giderilmesini ve ekonomik açıdan caydırıcılığı sağlayabilecek birtakım ceza hukuku enstrümanlarına da SerPK'da yer verilmiştir. Bu çerçevede kanun koyucu bazı hâllerde cezayı kaldıran, bazı hâllerde ise cezayı azaltan bir kişisel neden olarak etkin pişmanlık düzenlemelerine SerPK m.107'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer vermiştir. Buna göre, birinci fıkrada tanımlanan işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen kişi pişmanlık göstererek, beş yüz bin Türk Lirasından az olmamak üzere, elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı miktarı kadar parayı, henüz soruşturma başlamadan önce Hazine'ye ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz (SerPK m.107/3-a). Belirtilen şekilde suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatin iki katı soruşturma başlatıldıktan sonra fakat kovuşturmayaya geçilmeden önce ödendiği takdirde, verilecek cezada yarı oranında indirim yapılacağı öngörülmüştür (SerPK m.107/3-b). Fail, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar elde edilen menfaatin iki katını ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilecektir (SerPK m.107/3-c).

Kaynakça

Kitap ve Makaleler

Akbulut Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınları, Eylül 2019.

Aksoy Zeki, *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.

Arda Fisun, "Sermaye Piyasasının Bankacılık Sistemine Etkileri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.IX, S.2, Aralık 1977, s.407-450.

- Artuç Mustafa, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, Ankara: Adalet Yayınları, 2020.
- Artuç Mustafa, *Pratik Türk Ceza Kanunu*, Ankara Yayınları: Adalet, 2019.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınları, 2015.
- Aşkın Uğur, "Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.XXIV, S:2, Aralık 2018, s.682-710.
- Bilgili Fatih, "Almanya'da Sermaye Piyasasının Hukuki Yapısı ve Piyasa Üzerindeki Kamusal Denetim", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XXI, S:2, Aralık 2001, s.177-205.
- Birtek Fatih, "Yağma Suçu Bakımından Yarar Sağlama Amacı", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y:15, S:44, Aralık 2020, s.673-709.
- Çekin Mesut, "Avrupa Birliği Sermaye Piyasası Hukukunda Şeffaflık İlkesi ve Kamunun Aydınlatılması", *Legal Hukuk Dergisi*, S.9, Eylül 2011, s.3455-3469.
- Çelebican Gürgân, "Bankalarla İlişkileri Bakımından Sermaye Piyasası", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.III, S.4, Eylül 1966, s.690-703.
- Dursun Selman, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009
- Dursun Selman, "6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Suç ve Kabahat Düzenlemelerindeki Yenilikler", *Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi-7*, İstanbul, 3 Mayıs 2017, in: *Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar)*, Ed. Helvacı/Uzel/Sönmez/Özsoy, İstanbul, 2019, s.325-350.
- Evik Ali Hakan/Evik Vesile Sonay, "İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu", *İÜHFİM*, C.LXIII, S.1-2, 2005, s.3-56.
- Evik Ali Hakan, *Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.
- Fox Merritt B./Glosten, Lawrence/Rauterberg, Gabriel, "Stock Market Manipulation and Its Regulation", *Yale Journal*, Reg.35, No.1, 2018, s.67-126.
- Geçer Ahmet Emrah, "Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXI, Y. 2017, S:2, s.241-270.
- Koca Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Manavgat Çağlar, "Bilgiye Dayalı Manipülasyonda Menfaat Elde Etme Şartının Yerindeliği", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XXXIII, S:2, Haziran 2017, s.29-41.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.

Şenol Cem, "İçeriden Öğrenilen Bilgi ve İçeriden Öğrenen Kavramlarının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.II, S:2, Aralık 2012, s.126-145.

Tezcan Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.

Tiedemann Klaus, Ekonomi Ceza Hukuku, (Çev:Ayşe Nuhoglu), Ankara: Seçkin Yayınları, Temmuz 2017.

Ünver Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara: Seçkin Yayınları, 2003.

İnternet Kaynakları

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

<http://kazanci.com>

<https://sozluk.gov.tr/>

ELKOYMANIN HUKUKİ SONUÇLARI BAĞLAMINDA ELKONULAN EŞYA VE DİĞER MALVARLIĞI DEĞERLERİNİN TESLİMİ VE İADESİ

DELIVERY AND RESTITUTION OF SEIZED GOODS AND
OTHER ASSET VALUES WITHIN THE CONTEXT OF LEGAL
CONSEQUENCES OF SEIZURE

Erkan SARITAŞ*

Özet: Elkoyma koruma tedbirinin uygulanması ile birlikte eşya ve diğer malvarlığı değerleri üzerinde zilyedin tasarruf yetkisi sınırlandırılmakta ve bu durum kovuşturma neticeleninceye kadar devam edebilmektedir. Ancak kanun koyucu, bazı hallerde kovuşturma sonuçlanmadan evvel eşyanın sahibine iadesine imkân tanımış, daha sınırlı bazı hallerde ise eşyanın geçici veya kalıcı olarak şüpheli, sanık veya diğer kişilere teslimine olanak vermiş ve bu konuyu CMK m. 131-132’de vaz ettiği hükümlerde düzenlemiştir. Oldukça geniş bir uygulama alanı olan bu hükümlerin hangi hallerde ve hangi koşullarda uygulanabileceğini ise çok büyük oranda elkoymanın, eşya ve malvarlığı değerleri yönünden doğurduğu hukuki sonuçlar şekillendirmektedir. Bu çerçevede, bu çalışmada da CMK m. 131’de düzenlenen eşya ve malvarlığı değerlerinin iadesi ile m. 132’de düzenlenen eşyanın emaneten veya rayiç bedel karşılığı iadesi kurumları, elkoymanın hukuki sonuçları bağlamında inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Elkoyma, Elkoymanın Hukuki Sonuçları, Elkonulan Eşyanın Teslimi, Elkonulan Eşya ve Malvarlığı Değerlerinin İadesi, Elkonulan Eşyanın İadesi Davası

Abstract: With the implementation of the seizure protection measure, power of disposition of the possessor over the goods and other property assets is limited, and this situation may continue until the prosecution is concluded. However, in some cases, the legislature allows the return of the goods to the owner even before the prosecution was concluded and in some more limited cases, allows the temporary or permanent delivery of the goods to the suspect, accused or other persons, and regulated this issue in the provisions laid down in Article 131-132 of the TCPC. In which cases and under what conditions these provisions, which have a very wide application area, can be applied, to a large extent, is shaped by the legal consequences of the seizure in terms of the goods and other asset

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, esaritas@29mayis.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4873-9317, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.09.2021, Kabul Tarihi: 17.09.2021

values. In this context, in this study, restitution of seized goods and other asset values (regulated in TCPC article 131) and the delivery of seized goods as escrow or in exchange for the current market value (regulated in TCPC article 132) are examined within the context of legal consequences of seizure.

Keywords: Seizure, Legal Consequences of Seizure, Delivery of Seized Goods, Restitution of Seized Goods And Other Asset Values, Case of Restitution of Seized Goods

GİRİŞ

Bir koruma tedbiri olarak elkoyma, temelde mülkiyet hakkı olmak üzere elkonulan eşyanın mahiyetine göre özel hayatın gizliği, haberleşme özgürlüğü gibi diğer hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşımaktadır. Bu müdahale, elkoymanın icrası ile başlamakta ve kovuşturma neticeleninceye kadar devam edebilmektedir. Ancak kanun koyucu bazı hallerde eşyanın sahibine iadesine imkân tanımış, daha sınırlı bazı hallerde ise eşyanın geçici veya kalıcı olarak şüpheli, sanık veya diğer kişilere teslimine olanak vermiştir. Bu iki kurum, eşyanın yeniden şüpheli veya sanığın dolaysız zilyetliğine dönmesi yahut mağdur veya diğer kişilerin fiili hâkimiyetine geçmesi açısından oldukça önemlidir ve bu nispette geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Bu uygulama açısından ise teslim ve iade kurumlarının koşulları, nitelikleri, elkoymanın kaldırılması veya müsadere davası neticesinde iade gibi benzer kurumlardan nasıl ayırt edilecekleri ve özellikle bu kurumların hangi usulle tatbik edileceği meselelerinde çok ciddi duraksamalar yaşandığı müşahade edilmektedir. Diğer taraftan bu geniş uygulama alanı ile tezat teşkil edilecek şekilde doktrinde bu konunun, genel mahiyetteki eserler bir tarafa bırakılırsa, oldukça sınırlı şekilde incelendiği ve hatta bağımsız olarak hiçbir monografik çalışmaya konu edilmediği gözlenmiştir. Bu açıdan CMK m. 131-132’de düzenlenen teslim ve iade kurumlarının incelenmesinin hem öğreti hem de uygulama açısından faydalı olacağı değerlendirilmiştir.

Bu mülahazalar çerçevesinde hazırlanan bu çalışmada teslim ve iade kurumları, özellikle elkoyma koruma tedbirinin, elkonulan eşya ve malvarlığı değerleri açısından meydana getirdiği hukuki sonuçlar bağlamında inceleme konusu yapılmıştır. Zira elkonulan eşya ve malvarlığı değerlerinin üzerindeki ayni ve şahsi haklar ile zilyetlik durumunun doğru bir şekilde tespiti, bu eşya ve malvarlığı değerlerinin; şüpheli, sanık veya diğer kişilere hangi koşullarda ve ne suretle teslim

ve iade edilecekleri ve hatta teslim ve iade kurumlarına konu olup olmayacaklarını da belirleyecektir. Bu açıdan çalışmanın ilk başlığında genel olarak elkoyma koruma tedbirinin amacı ve mahiyeti kısaca incelendikten sonra bu tedbirin, elkonulan eşya ve malvarlığı değerleri yönünden ortaya çıkardığı hukuki sonuçlar ele alınmıştır. Takip eden ikinci başlıkta eşyanın şüpheli, sanık veya diğer kişilere emaneten veya rayiç bedel karşılığında teslim edilmesine ilişkin kanun hükümleri ve bu kapsamda özellikle teslimin koşulları, usulü ve sonuçları incelenmiştir. Son başlıkta ise eşya ve malvarlığı değerlerinin şüpheli, sanık ve mağdur ile diğer kişilere iadesi kurumu ele alınmış, bu kapsamda evvela iade kurumunun benzer kurumlardan farkı ve hukuki niteliği, takiben ise koşulları, iade usulü ve sonuçları inceleme konusu yapılmıştır.

I. GENEL OLARAK ELKOYMA KORUMA TEDBİRİ ve BU TEDBİRİN, ELKONULAN EŞYA ve MALVARLIĞI DEĞERLERİ YÖNÜNDE HUKUKİ SONUÇLARI

A. Genel Olarak Elkoyma Koruma Tedbiri

Ceza muhakemesinde uyumsuzluk konusunun esastan çözümlenebilmesi için maddi gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek bir şekilde ortaya konulması gereklidir. Bu hususta yapılacak değerlendirmenin vasıtasını ise deliller teşkil eder. Ancak bir suç şüphesinin araştırıldığı muhakeme sürecinde, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının engellenmesi amacıyla delil niteliği taşıyan eşyanın kaçırılması veya yok edilmesi sık karşılaşılabilecek bir durumdur. Bu nedenle, bu eşyanın soruşturma ve kovuşturma sürecinde yetkili makamların eli altında bulundurulması, ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacının sağlanması açısından oldukça önemlidir.¹ Öte yandan, yapılacak

¹ Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, Doğan Kardeş, 1967, s. 461; Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C. I, İstanbul, Sulhi Garan, 1976, s. 673; Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Esra Alan Akcan/Özdem Özaydın/Efser Erden Tütüncü/Derya Altınok Villemin/Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020, s. 524; Bahri Öztürk/Behiye Eker Kazancı/Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 4. Bası, Ankara, Seçkin, 2021, s. 169; Ahmet Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

yargılamanın sonucunda bir güvenlik tedbiri olarak müsadereye hükmedilmesi açısından, buna konu olması muhtemel eşyanın muhakeme sürecinde muhafaza altında bulundurulması da son derece önemlidir.² Zira aksi halde, bu eşyaya hükümden sonra artık ulaşılamaması ve bu nedenle müsadere kararının kâğıt üzerinde kalması tehlikesi bulunmaktadır.³ İşte bu mülahazalar karşısında elkoyma, pek çok ülke ceza muhakemesi kanununda bir koruma tedbiri olarak kendisine yer bulmuştur.⁴ Bu çerçevede CMK'nın 123. maddesinde de "İspat ara-

Yayınları, 1994, s. 19, 49. Ahmet Gökçen/Murat Balcı/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Adalet, 2021, s. 468-469; V. Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020, s. 365; Mustafa Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Adalet, 2021, s. 750; Ersan Şen/H. Sefa Eryıldız, Elkoyma, Seçkin, Ankara, 2017, s. 44; Doğan Gedik, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Basit Elkoyma", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 6, Şubat 2007, s. 67; Uğur Orhan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma, Ankara, Yetkin, 2019, s. 104.

² Kunter, s. 461; Tosun, I, s. 673; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 169; Gökçen, s. 50; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 365; Özen, s. 750; Şen/Eryıldız, s. 44; Gedik, s. 67; Orhan, s. 104; Murat Aydın, Arama ve Elkoyma, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2012, s. 163.

³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 524; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 169.

⁴ İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda elkoyma üç farklı şekilde ve kanunun iki farklı kısmında düzenlenmiştir. Bunların tümünün ortak özelliği; taşınır ve taşınmaz eşyalar veya malvarlığı değerleri üzerinde hak sahiplerinin tasarruf yetkilerinin tümüyle veya kısmen kısıtlanmasıdır. Ancak her üçünün amaç ve mahiyetleri birbirinden farklıdır ve bu nedenle ayrı ayrı düzenlenmişlerdir (Palo Tonini, *Manuale di procedura penale*, 11. Edz., Milano, Giuffrè, 2010, s. 373; Giorgio Barbuto/Simone Luerti/Vittorio Pilla/Rosario Spina, *Compendio di diritto procedura penale*, Dogona, Maggioli, 2013, s. 174). Bunlardan ilki olan "Il sequestro probatorio", delil olarak kullanılacak mahiyetteki eşyalar için söz konusu olan elkoyma çeşididir ve kanunun, delillerin düzenlendiği 3. kitabında "delil elde etme vasıtaları" başlığı altında yer almıştır. Bu kısımda evvela "arama" ve devamında 252. maddede elkoymaya yer verilmiş ve arama sonucunda elde edilen eşyaya 259 ve 260. madde hükümlerine göre el konulabileceği hükme bağlanmıştır (İtCMK m. 252). Takip eden 253. maddede suç isnadı ile ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkmasına vasıta olabilecek ve bizatihi suçun konusunu oluşturan eşyalara adli merciin emri ile elkonulabileceği belirtilmiş ve suçun konusunu oluşturan eşya "suçun üzerinde işlendiği veya suçun işlenmesinde kullanılan ya da suçtan elde edilen her türlü ürün, kazanç veya kıymet" olarak tanımlanmıştır (İtCMK m. 253/2). Bkz. Tonini, s. 374, dipnot 15; Barbuto/Luerti/Pilla/Spina, s. 174; Alessandro Bernasconi, "Prove", in: *Manuale di diritto processuale penale*, Adolfo Scalfati (Ed.), Torino, G. Giappichelli, 2015, s. 299; Franco Cordero, *Procedura penale*, 9. Edz., Milano, Giuffrè, 2012, s. 839; Stefano Ruggeri/Paola Maggio, "Il sequestro probatorio", *La prova penale*, a cura di Paola Ferrio, Enrico Marzaduri, Giorgio Spangher, Torino, G. Giappichelli, 2013, s. 785; Delfino Siracusa-

cı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir” hükümlerine yer verilerek soruşturma veya kovuşturmada, ispat aracı olarak kullanılabilir yahut eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu teşkil eden malvarlığı değerlerinin muhafaza altına alınabilmesine,⁵ eğer eşyayı yanında bulunduran kişiler bunu teslimden kaçınırlarsa eşyaya elkonulabilmesine olanak tanınmıştır.⁶ Bu yönüyle elkoyma işlemi te-

no/Giovanni Tranchina/Enzo Zappalà, Elementi di diritto processuale penale, 3. Edz., Milano, Giuffré, 2007, s. 93; Luigi Grilli, La procedura penale, Guida pratica, Vol. I, CEDAM, 2010, s. 481; Vincenzo Garofoli, Diritto processuale penale, 2. Edz., Milano, Giuffré, 2010, s. 236. Yine bu kısımda postada el koyma detaylı olarak düzenlenmiş (İtCMK m. 254) ve ayrıca sanığa ait olmasa bile suçla ilgili olduğuna dair haklı sebeplerin söz konusu olması halinde bankalardaki mevduat, cari hesap ve sair menkul kıymet ve değerlere, bunlar özel kasada bulunsa dahi el konulabileceği ayrıca hüküm altına alınmıştır (İtCMK m. 255). Bkz. Giorgio Lattanzi/Ernesto Lupo, Codice di procedura penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, Vol II, a cura di Aniello Nappi et all, Milano, Giuffré, 2008, s. 815 vd; Bernasconi, s. 302-304; Barbuto/Luerti/Pilla/Spina, s. 175; Garofoli, s. 237. El konulan eşyanın saklanması, yediemine tevdi ve iadesine ilişkin hükümler de yine bu kısımda yer almıştır (İtCMK m. 259 vd). Il sequestro conservativo ise ihtiyati elkoyma olarak çevirebileceğimiz özel bir elkoyma çeşidi olarak kanunun “koruma tedbirleri” kısmında düzenlenmiştir. Bu elkoymada amaç ileride verilmesi muhtemel para cezası, yargılama giderleri ve devlet hazinesine ödenmesi gereken diğer meblağların güvence altına alınmasıdır. Eğer bunların ödenmeyeceği konusunda haklı şüphe sebepleri varsa sanığın malvarlığı değerleriyle orantılı olarak bu elkoyma tedbiri uygulanabilecektir (İtCMK m. 316/1). Yine bu maddede, daha özel mahiyetteki bazı alacakların güven altına alınması amacıyla da elkoyma kararı verilebileceği hüküm altına alınmıştır (İtCMK m. 316/1bis, 2, 4). Bkz. Tonini, s. 491-492; Ercole Aprile, Le misure cautelari nel processo penale, Milano, Giuffré, 2006, s. 579 vd. “Il sequestro preventivo” ise “önleyici elkoyma” mahiyetinde olup bu kurum çerçevesinde kanun, müsadere edilebilecek eşyalar ile suçla ilişkin olup da serbestçe bulunması suçun etkilerini ağırlaştırabilecek veya yeni bir suç işlenmesine sebebiyet verebilecek nitelikteki eşyalara elkonulmasını özel olarak düzenlemektedir (İtCMK m. 321). Bkz. Tonini, s. 492-493; Aprile, s. 599 vd; Grilli, s. 642 vd. Bu bahsettiğimiz tedbirlerin birbirlerine dönüşmesi de mümkündür. Örneğin delil olarak elkoyma konusu olmuş eşyanın önleyici elkoymanın koşullarını sağladığı anlaşılırsa, bu ikincisi için öngörülen prosedüre uyularak delil olarak elkoyma, önleyici elkoymaya dönüştürülebilir. Bkz. Siracusano/Tranchina/Zappalà, s. 93.

⁵ Bkz. Kunter, s. 460; Tosun, I, s. 673 vd.; Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, 4. Bası, Ankara, Sevinç, 1973, s. 469; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Ankara, Savaş, 2019, s. 287-288; Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Bası, İstanbul, Beta, 2020, s. 474, 480; Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 11. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020, s. 356-357 vd.; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 167 vd.; Gökçen, s. 9 vd.; Gedik, s. 68.

⁶ Dikkat edilirse kanun, ispat aracı olarak kullanılabilir yahut eşya veya kazanç

melde mülkiyet hakkı ve bunun yanında eşyanın mahiyetine göre özel hayatın gizliği, haberleşme özgürlüğü gibi diğer hak ve özgürlüklere müdahale mahiyetinde bir *koruma tedbiridir*.⁷

Bu tedbir kural olarak ancak hâkim kararıyla gerçekleştirilebilir.⁸ Ancak kanun istisnaen, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile de elkoyma işleminin gerçekleştirebileceğini kabul etmiştir (CMK m. 127/1). Bu halde yapılan elkoyma işleminin, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması gerekmektedir. Elkoyma işlemi bu süre içerisinde onaya sunulmaz veya hâkim, bu husustaki kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklamaz yahut onay talebini reddederse elkoyma kendiliğinden

müsaderesinin konusunu teşkil eden eşyanın temelde muhafaza altına alınması esasını kabul etmiştir. Muhafaza altına almada, yanında bulunduran kişi eşyayı kendi rızasıyla teslim etmektedir. Bu teslim etme, bir istem üzerine olabileceği gibi -çoğu zaman bu olasılık tamamen göz ardı edilse de- bizzat yanında bulunduran kişi de eşyayı teslim etmek isteyebilir. Örneğin şüphelinin savunmasını, mağdurun da iddiasını ispatlar mahiyette bir eşyayı soruşturma işlemlerinde değerlendirilmek üzere Cumhuriyet savcısına teslim etmek istemesi mümkündür. Buna mukabil, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı veya kovuşturma aşamasında mahkeme de bir kimseden bir eşyayı teslim etmesini isteyebilir. Eğer eşyayı yanında bulunduran kimse, kendiliğinden veya bahsettiğimiz bu isteme icabet ederek eşyayı teslim etmişse artık muhafaza altına alınan bir eşyadan söz edilecektir. Bu halde elkoyma koruma tedbirine lüzum olmayacaktır. Eşyanın yanında bulunduran tarafından teslim edilmemesi halinde ise artık elkoyma koruma tedbirine başvurulabilecektir. Bkz. Kunter, s. 460-461; Toroslu/Feyzioğlu, s. 287; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 165; Centel/Zafer, s. 474; Gökçen, s. 146; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 476; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Bası, Ankara, Seçkin, 2019, s. 423; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Adalet, 2019, s. 409; Ali Parlar, İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Güncellenmiş 3. Bası, Ankara, Bilge, 2017, s.321.

⁷ Erem, s. 469; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 524; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 169; Centel/Zafer, s. 474; Şahin/Göktürk, I, s. 357; Gökçen, s. 19; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 365; Şen/Eryıldız, s.44; Aydın, s.158; Gedik, s. 68-69.

⁸ Elkoyma kararının maddi ve şekli koşulları için bkz. Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020, s. 411 vd.; Doğan Soyaşlan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin, 2020, s. 294 vd.; Yurtcan, s. 432 vd.; Toroslu/Feyzioğlu, s. 289 vd.; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 524-525; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 178 vd.; Centel/Zafer, s. 475 vd.; Şahin/Göktürk, I, s. 352 vd.; Gökçen, s. 119; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 475; Ünver/Hakeri, s. 411 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 370 vd.; Özen, s. 751 vd.; Aydın, s. 164 vd.; Gedik, s. 74 vd.

kalkacaktır (CMK m. 127/2). Yine kanunda, bazı eşyalara mahiyeti gereği elkonulamayacağı da açıkça düzenlenmiştir (CMK m. 124/2, 126).

Kanun, elkoyma tedbirine ilişkin bu genel düzenlemenin yanında, gösterdiği özellikler nedeniyle kazanç müsaderesinin konusunu oluşturabilecek taşınmaz, hak ve alacaklara elkonulması (CMK m. 128), postada elkoyma (CMK m. 129) ve bilgisayar kütüklerine elkonulmasını (CMK m. 134) ayrıca düzenlemiştir ve bunlara, özel *elkoyma* halleri de denilmektedir.⁹ Ancak bunlardan, “taşınmaz hak ve alacaklara elkoyma tedbiri” bir tarafa bırakılırsa, diğerlerinin eşyanın hukuki durumu yönünden doğurduğu sonuçlar noktasında temelde gösterdikleri bir özellik söz konusu değildir. Bu nedenle biz, elkonulan eşya ve malvarlığı değerlerinin hukuki durumu, teslimi ve iadesi açısından bunların tümü için *genel mahiyette elkoyma* tabirini kullanacağız.

Buna karşılık CMK m. 128’de düzenlenen *taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma* tedbiri hem doğurduğu hukuki sonuçlar hem de elkonulan eşya ya da malvarlığı değerlerinin iade konusu olması açısından özellik arz etmektedir. Bu açıdan elkoymanın bu türüne kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. CMK m. 128’e göre “*Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait; a) Taşınmazlara, b) Kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, c) Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba, d) Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, e) Kıymetli evraka, f) Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, g) Kiralık kasa mevcutlarına, h) Diğer malvarlığı değerlerine, elkonulabilir. Somut olarak belirlenen bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilir*”. Buna göre soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunması halinde, *şüpheli veya sanığa ait malvarlığı değerlerine, bunlar başkalarının zilyetliğinde olsalar dahi elkonulması mümkündür*.¹⁰

⁹ Bkz. Yurtcan, s. 438; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 528 vd.; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 190 vd.; Centel/Zafer, s. 484 vd.; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 467.

¹⁰ Bkz. Yenisey/Nuhoglu, s. 415 vd.; Yurtcan, s. 432; Soyaslan, s. 304 vd.; Centel/Zafer, s. 476 vd.; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/

Ancak bu elkoyma, yalnızca kanunda sınırlı olarak sayılan suçlarla ilgili yürütülen soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde ve yine ancak hâkim kararı ile icra edilebilecektir.¹¹ Görüldüğü üzere burada genel mahiyette elkoymadan farklı olarak, delil mahiyeti arz edebilecek bir eşya değil yalnızca kazanç müsaderesinin konusunu oluşturabilecek eşya ya da başkaca malvarlığı değerleri söz konusudur.¹² Bu malvarlığı değerleri açısından tedbirin amacı ise şüpheli, sanık veya üçüncü kişilerin bunlar üzerindeki tasarrufunu engellemek ve bu suretle yargılama neticesinde verilmesi muhtemel müsadere veya mağdura iade kararlarının uygulanmasına olanak tanımaktır.¹³ Dolayısıyla bu madde kapsamında elkonulan eşya ve malvarlığı değerleri açısından, elkoyma işleminin uygulanma şekli ve eşyanın hukuki durumunda meydana gelen değişiklik, genel mahiyetteki elkoymadan farklılaşmaktadır.

Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 529-531; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 481 vd.; Ünver/Hakeri, s. 414 vd.; Aydın, s.180 vd.; İsmail Dursun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Taşınmaz, Hak ve Alacaklara Elkoyma", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, C. 21, S. 2, 2015, s. 540 vd.

¹¹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 417; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 198; Toroslu/Feyzioglu, s. 290; Soyaslan, s. 305; Centel/Zafer, s. 476; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 481; Ünver/Hakeri, s. 414; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 380; Dursun, s. 547-550. Bununla birlikte 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 17. maddesinde buna, belirli suçlar yönünden bir istisna getirilmiştir. Bu maddenin 1.fıkrasına göre "Aklama ve terörün finansmanı suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hallerde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128'inci maddesindeki usule göre malvarlığı değerlerine elkonulabilir". Ancak ikinci fıkrada buna istisna getirilmiş ve "Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı da elkoyma kararı verebilir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim en geç yirmi dört saat içinde onaylanıp onaylanmamasına karar verir. Hâkimin onaylaması hâlinde 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128 inci maddesinde belirtilen değere ilişkin rapor üç ay içinde alınır ve tekrar hâkim onayına sunulur. Onaylanmama veya raporun üç ay içinde alınmaması hâlinde Cumhuriyet savcılığının kararı hükümsüz kalır" hükmüne yer verilmiştir.

¹² Bkz. Öztürk/Tezcan/Erden/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 529; Dursun, s. 536; Aydın, s. 178.

¹³ Öztürk/Tezcan/Erden/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 529; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 195; Dursun, s. 536-537.

B. Elkoyma Koruma Tedbirinin, Elkonulan Eşya ve Diğer Malvarlığı Değerleri Yönünden Hukuki Sonuçları

Elkoyma koruma tedbirinin elkonulan eşya yönünden doğurduğu hukuki sonuçlar, elkoymanın genel mahiyette olması ve taşınmaz hak ve alacaklara elkonulması hallerinde farklılaşmaktadır¹⁴. Ancak her ikisi yönünden de müştereken ifade edilmesi gereken nokta; geçici mahiyette bir tedbir olarak¹⁵ elkoymanın, eşyanın *mülkiyeti* açısından bir değişikliğe sebebiyet vermemesidir.¹⁶ Nitekim eşya elkoymadan önce kimin mülkiyetinde ise elkoyma işlemi sonrasında da onun mülkiyetinde kalmaya devam edecektir. Bu durum, eşya hakkında yargılama neticesinde verilecek müsadere hükmünün kesinleşmesine kadar sürecektir ve ancak bu hükmün kesinleşmesi ile birlikte eşyanın mülkiyeti devlete geçebilecektir.¹⁷

Elkoyma işleminin eşyalar açısından asıl sonuç doğurduğu hukuki kurum ise *zilyetlik*.¹⁸ Bu hukuki kurum, eşyanın teslim ve iadesinin doğru anlaşılabilmesi için de son derece önemli olduğundan, elkoyma işlemi ile eşya üzerindeki zilyetlik durumunda nasıl bir değişim olduğunu ele almamız gerekmektedir.¹⁹ Türk Medeni Kanunu'nda zilyetlik

¹⁴ Benzer bir yaklaşım için bkz. Şen/Eryıldız, s. 20.

¹⁵ Barbuto/Luerti/Pilla/Spina, s. 176; Ruggeri/Maggio, s. 802; Cordero, s. 842; Erem, s. 469; Toroslu/Feyzioğlu, s. 293; Centel/Zafer, s. 1052; Gökçen, s. 21; Şen/Eryıldız, s. 44; Aydın, s. 160; Gedik, s. 80; Parlar, s. 321. Esasen "geçici olma" tüm koruma tedbirlerinin ortak özelliği mahiyetindedir. Bkz. Tosun, I, s. 677; Centel/Zafer, s. 380; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 34; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 381; Ünver/Hakeri, s. 319;

¹⁶ Bkz. Tonini, s. 373; Yenisey/Nuhoğlu, s. 812; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 195; Centel/Zafer, s. 1051; Gökçen, s. 92; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 471; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 378; Özen, s. 766; Şen/Eryıldız, s. 45; Orhan, s. 103.

¹⁷ Yenisey/Nuhoğlu, s. 812; Centel/Zafer, s. 1051; Gökçen, s. 21, 92, 163; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 490; Şen/Eryıldız, s. 45.

¹⁸ Elkoyma ile şüpheli, sanık veya diğer kimselerin eşya üzerinde tasarrufta bulunabilmeleri ve gerekirse bunları kullanma imkanları kısıtlanır. Bkz. Tonini, s. 373; Kunter, s. 464; Şahin/Göktürk, I, s. 352. Nitekim elkoyma, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde de "suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi" şeklinde tanımlanmıştır (AÖAYön. m. 4).

¹⁹ Eşyalardan ekonomik bakımdan veya sair suretle yararlanmak, onları kullanmak ve bu kapsamda her türlü maddi ve hukuki fiilleri icra etmek için eşyalar üzerinde fiili hakimiyet kurmuş olmak gerekmektedir. İşte bu fiili hakimiyet hukuken zilyetlik kurumu ile açıklanmaktadır (Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2018, s. 107). Elkoyma halinde ise bu fiili hakimiyetin kullanılması imkânı geçici olarak ortadan kaldırılmakta, teslim ve

doğrudan tanımlanmış olmamakla birlikte *zilyet* ile ilgili olarak MK m. 973'de "*bir şey üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse onun zilyededir*" şeklinde bir tanıma yer verilmiş olup buna göre zilyetliğin de temelde, eşya üzerindeki fiili hakimiyet kriterine bağlanmış olduğu görülmektedir.²⁰ Ancak buradaki anlamıyla fiili hakimiyet, CMK m. 123/2'de yer verilen eşyayı fiilen "*yanında bulundurmaktan*" çok daha geniş bir kavramdır. Nitekim MK m. 974'te "*zilyet, bir sınırlı aynı hak veya bir kişisel hakkın kurulmasını ya da kullanılmasını sağlamak için şeyi başkasına teslim ederse, bunların ikisi de zilyet olur. Bir şeyde malik sıfatıyla zilyet olan asli zilyet, diğeri fer'i zilyettir*" ve MK m. 975'te "*Bir şeyde fiili hakimiyetini doğrudan doğruya sürdüren kimse dolaysız zilyet, başka bir kişi aracılığı ile sürdüren kimse dolaylı zilyettir*" hükümlerine yer verilerek bir kimsenin, eşyayı yanında bulundurmasa bile onun üzerinde fiili hakimiyetinin söz konusu olabileceği hükme bağlanmıştır.²¹ Bu açıdan "*fiili hakimiyet, eşyayı sadece maddi etki alanı içinde bulundurmak değildir. Fiili hakimiyet, daha çok bir eşyadan doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak yararlanabilecek, onu kullanabilecek, onu koruyabilecek durumda olma anlamına gelir*".²²

Bu çerçevede elkoyma işlemiyle birlikte o ana kadar eşyanın zilyedi olan kimsenin, fiili hakimiyetini kullanma olanağı ortadan kaldırılmakta ve eşya, adli makamların fiili hakimiyetine geçirilmektedir.²³ O ana kadar eşyanın tek bir zilyedi olabileceği gibi mesela kira sözleşmesine istinaden bu eşyanın, maliki tarafından bir başkasına teslim edilmiş olması dolayısıyla, kademeli şekilde birden çok zilye-

iade ile bu imkân yeniden kazanılmaktadır. Barbuto/Luerti/Pilla/Spina, s. 176. Dolayısıyla elkonulan eşyanın teslim ve iadesinin zilyetlik kurumu dışında izahı olanaklı değildir.

²⁰ Kemal T. Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, AÜHF Yayınları, 1984, s. 72; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 17. Baskı, İstanbul, Filiz, 2014, s. 47; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 107-109; Halûk Nami Nomer/Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 8. Bası, İstanbul, OnikiLevha, 2020, s. 24-25; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, 6. Bası, Ankara, Seçkin, 2005, s. 74.

²¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 47-48; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 110; Nomer/Ergüne, s. 21.

²² Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 110. Ayrıca bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 75-76; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 48-49; Nomer/Ergüne, s. 21; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku- I, Zilyedlik ve Tapu Sicili*, 14. Baskı, Ankara, Adalet, s. 71-72.

²³ Bkz. Gökçen, s. 148; Şahin/Göktürk, I, s. 352.

di de olabilir.²⁴ Bu ikinci olasılıkta eşyayı fiilen elinde bulunduran kiracı *dolaysız fer'i zilyet* iken eşyanın maliki *dolaylı asli zilyet* olacaktır.²⁵ İşte elkoyma işlemiyle birlikte, tüm bu kişilerin eşya üzerindeki fiili hakimiyetlerini kullanma olanakları ortadan kalkmaktadır. Bu aşamadan sonra malik, malı kullanma, semerelerinden yararlanma ve malı tüketme imkanlarını geçici de olsa yitirecek, keza kiracı da malı kullanma imkanını kaybedecektir. Ancak önemle belirtmemiz gerekir ki fiili hakimiyeti kullanma imkanının bu şekilde kaybı, fiili hakimiyetin ve haliyle zilyetliğin de tümüyle kaybı anlamına gelmemektedir.²⁶ Nitekim MK m. 976'ya göre "*fiili hakimiyetin geçici nitelikteki sebeplerle kullanılmaması veya kullanma olanağının ortadan kalkması zilyetliği sona erdirmez*". Bir koruma tedbiri olarak elkoyma da geçici nitelikte olup bu tedbirin kaldırılması ve en geç yargılamanın sonunda eşyanın zilyedine iadesine karar verilebilmesi olasılığı her zaman vardır.²⁷ Bu yönüyle elkoyma, -bu işlem neticesinde zilyet eşya üzerindeki fiili hakimiyetini kullanma imkanını çok uzun bir süre için kaybetse bile- yine de zilyetliği ortadan kaldıran mahiyette bir işlem değildir.²⁸ Zira bu halde eşya yedindeyken el konulan kimse, eşya üzerindeki fiili hakimiyetini kullanma imkanını kaybetmekte ise de bu kayıp, "geçici" mahiyette olduğundan, MK m. 976 gereğince hukuken bu kimsenin eşya üzerin-

²⁴ Belirtmemiz gerekir ki eşyayı yanında bulunduran kimsenin mutlaka eşyanın zilyedi olması şart da değildir; bu kimse yalnızca zilyet yardımcısı da olabilir (Bkz. Nomer/Ergüne, s. 34; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 80-81; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 60; Ayan, s. 95; Ertaş, s. 77). Bu olasılıkta eşyanın zilyedi ile elkoyma anında yanında bulunduran kimse tamamen farklı kişiler olacaktır. Örneğin eşyaya, evde ev sahibi yokken ve yalnızca hizmetçi varken yapılan aramada elkonulmuş olabilir. Bu kimse eşyanın zilyedi değil, yalnızca zilyet yardımcısıdır. Ancak bu durum elkoyma ile zilyetlikte ortaya çıkan değişiklikler açısından bir fark meydana getirmemektedir.

²⁵ Asli ve fer'i ve dolaylı ve dolaysız zilyet kavramları için bkz. Nomer/Ergüne, s. 26 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 57 vd.; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 134 vd.; Ertaş, s. 80; Ayan, s. 87 vd.

²⁶ Elkoymanın "zilyetliği zorla kaldıran bir muamele olduğu" yönünde bkz. Kunter, s. 464; Yenisey/Nuhoğlu, s. 411. Oysa "devamlı bir sebeple, şey üzerinde fiili hakimiyet sona ererse, zilyetlik de sona erer; zilyet, o şeyi tekrar ele geçirme ümidini kaybetmiş olmalıdır; bu ümit ve ihtimal devam ettiği sürece, zilyetlik sona ermiş olamaz" Gürsoy/Eren/Cansel, s. 94-95. Ayrıca bkz. Nomer/Ergüne, s. 52; Ertaş, s. 75.

²⁷ Gökçen, s. 22. YCGK 11.6.2019 tarih ve 2017/771 E, 2019/469 K: "El konulan eşyanın geçici olarak Devletin kontrolü altında kalması nedeniyle..." <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Çevrimiçi), 23.8.2021.

²⁸ Nitekim bu yönde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 80; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 163; Ayan, s. 210.

deki fiili hakimiyetini de tümüyle kaybettiği anlamına gelmeyecektir.²⁹ Bu işlemle birlikte adli makamlar eşyanın *dolaysız zilyedi* olurken, eşya yedindeyken elkonulan kimse ise *dolaylı zilyet* olarak kalmaya devam edecektir.³⁰ Şu hususu da belirtmemiz gerekir ki adli makamların bu zilyetliği iktisabı, önceki dolaysız zilyedin iradesine dayanmamakta olup tümüyle kanundan kaynaklanan ve kamu hukukuna dayanan bir tür iktisaptır.³¹

Taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma halinde ise temel amaç mal üzerinde ileride verilebilecek bir müsadere veya malın mağdura iadesi işlemi ile bağdaşmayacak mahiyette tasarrufta bulunulmasının önlenmesi olduğundan,³² burada eşya veya malvarlığı değerinin mahiyetine göre yapılan elkoyma işleminin de farklı sonuçları söz konusu olacaktır. İlk etapta, CMK m. 128/3'e göre "*taşınmazın elkonulması kararı, tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle icra edilir*". Keza aynı maddenin 4. fıkrasına göre "*kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen el-*

²⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 80; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 163.

³⁰ Elkoyma halinde adli makamlar "malik" sıfatıyla değil "başka sıfatla" zilyettir. Zira elkoyma halinde adli makamların eşya üzerinde mülkiyet iddiası yoktur. Malik sıfatıyla zilyet ve başka sıfatla zilyet kavramları için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 56-57; Nomer/Ergüne, s. 25-26.

³¹ Bu durum, CMK m. 123/1 ve 2'deki "muhafaza altına alma" ve "elkoyma" kavramları arasındaki farkı da ortaya koymaktadır. Muhafaza altına alma halinde eşyanın zilyedi, eşyayı kendi iradesi ile adli makamlara vermekte ve bu yönüyle adli makamlar eşya üzerindeki dolaysız fer'i zilyetliği olağan bir şekilde iktisap etmektedir. Oysa elkoyma halinde eşya, önceki dolaysız zilyedin elinden zorla alınmakta ve buradaki iktisap, bu kimsenin iradesine değil kanun hükmüne uygun şekilde alınan hâkim kararına dayanmaktadır. Tam da bu nedenle muhafaza altına alınan eşyanın iadesi açısından CMK m. 131'e gitmeye gerek yoktur. Zira muhafaza altına alınmada zilyedin rızası hilafına eşya kendisinden alınmadığı gibi yine rızası hilafına da muhafaza edilmez. Aksi düşünce, mülkiyet hakkının hâkim kararı olmaksızın dolaylı olarak kısıtlanması ve haliyle mülkiyet hakkına ilişkin Anayasa ve Kanun hükümlerinin dolanılması anlamına gelecektir. Bu nedenle zilyet, muhafaza altına alınan eşyanın iadesini talep etmişse; ya eşya herhangi bir şekilde tabi olmaksızın tutanakla iade edilmeli ya da eğer şartları varsa CMK m. 123/2'ye göre bu eşyaya elkonulmalıdır. Bu ikinci olasılıkta artık muhafaza altına alınan değil elkonulan bir eşya söz konusu olacaktır ve haliyle bu eşyanın iadesi de artık CMK m. 131 hükmüne tabi olacaktır. Bu açıdan, muhafaza altına alma halinde adli makamların zilyetliğinin devamının, artık eşyayı teslim eden kişinin rızasına bağlı olmadığı ve bu eşyanın talep halinde iadesinin, elkonulan eşyada olduğu gibi CMK m.131'e tabi olduğunu iddia etmek (Şen/Eryıldız, s. 39; Aydın, s. 159) isabetli değildir.

³² Bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 529; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 195.

koyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilme suretiyle icra olunur". Böylelikle aynı haklar üzerindeki tasarrufun sicil işlemine tabi olduğu taşınmaz ve ulaşım araçları açısından kanun, elkoyma işleminin tatbikinin, kural olarak yalnızca ilgili sicile şerhi ile sınırlı olacağını kabul etmiştir.³³ Bu halde belirtilen eşyalar üzerinde malikin *sicil zilyetliğine*³⁴ bağlı tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur ve fakat malik ya da diğer bir aynı veya şahsi hak sahibi *eşya zilyedi* olarak kalmaya devam eder, bu halde kural olarak ne sicil ne de eşya zilyetliği devlete geçmez.³⁵ Bunun doğal sonucu olarak bu kimseler sicilde bir tasarruf işlemi yapamaları da eşya üzerindeki fiili hakimiyetleri ortadan kaldırmadığından, CMK m. 128 gereğince bir karar alınmış olması, zilyedin malı kullanması ve semerelerinden yararlanmasına engel mahiyette değildir.³⁶ Örneğin bu halde malik tarlasını sürebilir veya ürün kirası için bir başkasına sürdürebilir veya otomobilini bir başkasına kiralayabilir.³⁷ Aynı durum CMK m. 128/1-f ve 6 gereğince ortaklık paylarına

³³ Bkz. Dursun, s. 550-551; Parlar, s. 338.

³⁴ Kavram için bkz. Nomer/Ergüne, s. 33; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 87.

³⁵ Bkz. Şahin/Göktürk, I, s. 352; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 469. Ancak CMK m. 128/10'a göre "Bu madde uyarınca elkonulan taşınmaz, hak ve alacakların idaresi gerektiğinde bu malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla kayyım atanabilir". Bu hükme göre taşınmazın yönetimi açısından kayyım atanması halinde, yukarıda belirttiğimiz genel mahiyette elkoymaya konu eşyaya paralel şekilde, malın dolaysız eşya zilyetliği adli makamlara geçecektir.

³⁶ Aynı yönde bkz. Dursun, s. 551.

³⁷ Ulaşım aracına, eğer koşulları varsa CMK m. 123 gereğince fiilen elkonulması da elbette mümkündür (Parlar, s.338). Bu halde eşyanın dolaysız eşya zilyetliği devlete geçmiş olur. Suç Eşyası Yönetmeliğinde bu durum özel olarak düzenlenmiş ve "Özel düzenleme bulunmayan hâllerde fiilen elkonulması gereken kara, deniz ve hava araçlarının teslim alınmasına dair işlemler Cumhuriyet savcısının talimatı doğrultusunda emanet bürosunca yerine getirilir. Elkonulan kara, deniz ve hava araçlarının, emanet bürosuna girişi ve bu konu ile ilgili kayıt işlemleri, 6'ncı madde gereğince yapıldıktan sonra, mahallin en büyük mal memurluğuna, ilgili mahkemelerce ve Cumhuriyet başsavcılıklarınca yazılı olarak istendiğinde iade edilmek üzere, tüm bilgileri içeren bir tutanakla derhâl teslim edilir (...)" (SEYön. m. 14) hükmüne yer verilmiştir. Bunun gibi Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 10. maddesine göre "Bu Kanunda tanımlanan suçların işlenmesinde kullanılan taşıtlara, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128'inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre elkonulur". Buna göre kaçakçılık suçlarının işlenmesinde kullanılan araca fiilen el konulmayacak, CMK m. 128'e göre yalnızca bunlara özgü sicile şerh verilecek, bu halde eşya fiilen eşya zilyedinin elinde kalmaya devam edecektir. Ancak "13'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamına girmesi, Türkiye'de sicile kayıtlı olmaması ya da soruşturma ve kovuşturma devam ederken, kaçakçılık suçunun işlenmesinde tekrar kullanılması halinde, elkonulan araç alıkonulur". İşte bu olasılıkta eşyaya sadece kayden değil fiilen de elkonulmuş olur. Bu halde "Sahibinin aracın değeri kadar teminatı alıkoyma tarihinden itibaren"

el konulması halinde de söz konusu olur. Bu karar sonrasında şüpheli veya sanık pay sahibi olarak kalmaya devam eder ancak pay üzerinde tasarrufta bulunamaz, örneğin payı devredemez veya rehnedemez.³⁸

Dikkat edilirse CMK m. 128’de sadece eşyalara değil hak ve alacaklara el konulması da düzenlenmiştir. Bu çerçevede örneğin banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba elkonulması halinde esasen şüpheli veya sanığın, banka nezdindeki alacak hakkına elkonulmaktadır.³⁹ Zira mevduat sözleşmelerinde bankaya mevduat olarak yatırılan paranın zilyetliği de bankaya geçmekte ve fakat bu sözleşme, mevduat sahibine alacak hakkı çerçevesinde (mevduatın ödenmesini veya çe-

ren otuz gün içinde gümrük idaresine teslim etmesi halinde, araç sahibine iade edilir. Aksi takdirde, tasfiye idaresi tarafından soruşturma ve kovuşturma sonucu beklenmeksizin derhal tasfiye olunur. Tasfiyenin satış suretiyle gerçekleşmesi halinde, satıştan elde edilen gelirden taşıtın muhafaza edilmesi ve satışı için gerekli olan bütün masraflar karşılandıktan sonra kalan miktar, kovuşturma sonucuna göre işlem yapılmak üzere emanet hesabına alınır”. Neredeyse aynı mahiyette hükümlere göçmen kaçakçılığında kullanılan ulaşım araçları yönünden Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun Ek-1. maddesinde ve uyuşturucu maddeler ile ilgili kimi suçlarda kullanılan ulaşım araçları yönünden de Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun’un Ek-2. maddesinde de yer verilmiştir. Görüleceği üzere burada özel elkoyma tedbirleri ve yine özel bir iade prosedürü düzenlenmiştir.

³⁸ Bu hallerde esasen amaç, maddi varlığı olmayan ya da maddi varlığı ancak kayden tasarrufa konu edilebilecek malvarlığı değerleri üzerinde, şüpheli, sanık veya üçüncü kişilerin tasarrufta bulunmalarının önüne geçilebilmesidir. Tonini, s. 373.

³⁹ Kanun, CMK m. 128’de “kiralık kasa mevcutlarına” el konulmasına da cevaz vermiştir. “Kiralık kasa sözleşmesi banka ile müşterisi arasında kurulan ve bankanın müşterisine kiralık kasalar dairesinde bulunan bir kasayı, orada kıymetli eşyasını saklamak üzere yararlanmasına belirli bir ivaz karşılığında müsaade etmesi, fakat kasanın açılması için gerekli iki anahtardan birinin müşteride diğerinin bankada bulunması hususunda anlaşmaları ile kurulan bir sözleşmedir” (Şener Akyol, Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen’e Armağan, İstanbul, Afa, 2001, s. 143). Bu sözleşmelerinin hukuki niteliği oldukça tartışmalı olmakla birlikte genel olarak banka binasında ve bankanın dolaysız fiili hakimiyetinde olan “kasa” üzerinde bankanın fer’i zilyetliğinin, kasa dış kapağı üzerinde hem bankanın hem müşterinin iştirak halinde zilyetliğinin, kasa mevcudu üzerinde ise müşterinin tek başına zilyetliğinin bulunduğu kabul edilir (Akyol, s. 147-148; İbrahim Kaplan, Banka Sözleşmeleri Hukuku, C.I, Ankara, Dayınlarlı, 1996, s. 214). Buna göre elkoyma kararının verilmesi halinde iki ihtimalden söz edilebilecektir: Ya söz konusu kiralık kasa içerisinde bulunan malvarlığı değerleri kolluk marifetiyle basit elkoymada olduğu gibi alınarak adli emanete teslim edilecektir. Ya da bankaya CMK m. 128/7 gereğince bildirimde bulunarak müşterinin kiralık kasa sözleşmesinden kaynaklanan “kasadan yararlanma” hakkını kullanması engellenir. Bu durumda banka, müşterisinin kiralık kasa dış kapağını açarak kiralık kasaya ulaşımına dair taleplerini el koyma kararına dayalı olarak geri çevirmek durumunda olacaktır.

şitli işlemlere konu edilmesini talep etmek gibi) bazı yetkiler vermektedir.⁴⁰ Bu nedenle banka ve mali kuruma CMK m. 128/5 gereğince yapılan bildirimle birlikte mevduat sahibi, banka mevduat sözleşmesinden kaynaklı alacak hakkının kendisine sağladığı bu yetkileri kullanamaz hale gelir; örneğin paranın iadesini isteyemez yahut havale vb. işlemlere konu edilmesi talebinde bulunamaz. Dolayısıyla burada esasen şüpheli, sanık veya üçüncü kişilerin zilyetliğinde bulunan bir eşyaya elkonulması söz konusu olmayıp bu kimselerin mevduat sözleşmesinden kaynaklı alacak haklarına elkonulmaktadır. Aynı durum şüpheli veya sanığın üçüncü kişiler nezdindeki diğer alacakları için de geçerlidir (CMK m. 128/7).

II. ELKONULAN EŞYANIN ŞÜPHELİ, SANIK veya DİĞER KİŞİLERE TESLİMİ (CMK m. 132/5-6)

A. Kavram ve Hukuki Nitelik

Yukarıda belirttiğimiz üzere elkoyma işleminin temel sonucu eşyanın önceki dolaysız zilyedinin bu sıfatının ortadan kalkarak dolaylı zilyet haline gelmesi ve dolaysız zilyetliğin devlete geçmesidir. Nitekim elkoyma işlemiyle birlikte eşya, yanından bulunduran kimsenin elinden alınmakta ve adli emanette muhafaza edilmektedir.⁴¹ Bu durum kural olarak elkoyma kararı kaldırılıncaya, eşya iade edilinceye veya müsadere uyuşmazlığı ile ilgili bir karar verilinceye kadar devam edecektir.⁴² Ancak gelinen aşama itibariyle eşyanın adli emanette muhafazasına artık ihtiyaç duyulmayabilir. Bu durumda, Kanunda aranan koşulların söz konusu olması halinde elkonulan eşyanın şüpheli,

⁴⁰ Bkz. Kaplan, s. 142 vd.

⁴¹ Gökçen, s. 148. Elkoyma işlemi kural olarak adli kolluk tarafından icra edilecek ve kolluk görevlileri elkoydukları eşyayı Cumhuriyet Başsavcılığına tevdi edeceklerdir (SEYön. m. 5/5). Bu eşyanın Cumhuriyet Başsavcılığına teslim alınmasına dair işlemler Cumhuriyet savcısının talimatı doğrultusunda emanet memurunca yerine getirilir. Bulunmadığı takdirde Cumhuriyet Başsavcılığına görevlendirilecek personel tarafından tutanakla teslim alınarak en kısa zamanda emanet bürosuna teslim edilir (SEYön. m. 5/7). Bu şekilde teslim alınan eşya, suç eşyası esas kaydına kaydedilir (SEYön. m. 6/1).

⁴² Ruggeri/Maggio, s. 802; Toroslu/Feyzioğlu, s. 293. Bu süreçte eşyanın vasfının, maddi değerinin ve delil oluşturan özelliklerinin tamamen veya kısmen kaybının engellenmesi, böylece hak kayıplarının önüne geçilmesi ve delil değeri taşıyan olguların kaybının önlenmesi amacıyla, nitelik ve yıllarına göre tasnifinin yapılması ve buna uygun şekilde muhafaza edilmesi sağlanır (SEYön. m. 8/1).

sanık veya üçüncü kişilere *teslimi* söz konusu olabilecektir.⁴³ Nitekim CMK m. 132/5 ve 132/6'da belirli hallerde eşyanın şüpheli, sanık veya ilgili diğer kişilere teslimine imkân tanınmaktadır.⁴⁴

Burada kullanılan anlamıyla *elkonulan eşyanın teslimi*, eşyanın *kural olarak* yalnızca dolaysız zilyetliğinin teminat gösterilmesi karşılığında veya teminatsız olarak, *istisnaen* de zilyetliğin tümüyle ve fakat rayiç bedelinin ödenmesi şartıyla şüpheli, sanık veya diğer bir kişiye bırakılması anlamına gelmektedir.⁴⁵ Eşyanın teslimi ile birlikte o ana kadar adli emanette muhafaza edilen eşyanın dolaysız zilyetliği bahsi geçen kişilere geçmektedir.⁴⁶ Ancak esasında kanun, birbirinden farklı iki kurumu *teslim* ibaresiyle aynı maddede bir arada düzenlemiştir. Bunlardan ilkinde eşya yalnızca muhafaza edilmek üzere teslim edilmekte ve bunun sonucu olarak adli makamlar eşyanın dolaylı da olsa zilyedi olarak kalmaya devam etmektedirler (CMK m. 132/5). Buna karşılık ikinci olasılıkta eşya, artık delil olarak ihtiyaç kalmadığı için gerçekte bedeli karşılığında iade edilmektedir. Bu halde ise artık adli makamların eşya üzerinde zilyetliklerinden bahsetmeye de olanak kalmamaktadır (CMK m. 132/6).

⁴³ Yenisey/Nuhoğlu, s. 422; Şahin/Göktürk, I, s. 359; Centel/Zafer, s. 483. Önceki kanunda teslim kurumuna yer verilmemiş olup bu durumun doktrinde eleştirilmekte olduğu görülmektedir. Bkz. Gökçen, s. 151.

⁴⁴ İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu da teslim kurumuna yer vermiştir. Nitekim İtCMK m. 262'ye göre "Delil olarak muhafazasına gerek kalmayan eşyalar hüküm verilmeden önce dahi hak sahibine iade edilebilir. Lüzumu halinde adli makam, iade edilen eşyaların gerektiğinde hazır bulundurulmasını emredebilir ve bu amaçla bir depozito talep edebilir". Buna göre elkonulan eşyanın sahibine iadesi kuraldır ve fakat kanun, iade yerine teslim yoluna gidilebileceğini de öngörmüştür. Bu ikinci halde eşya, gerektiğinde hazır edilmek üzere hak sahibine -niteliği itibarıyla- "teslim edilmekte" olup bu teslim, bir depozito şartına da bağlanabilecektir. Bkz. Lattanzi/Lupo/Nappi, s. 846; Cordero, s. 842; Bernasconi, s. 307-308; Garofoli, s. 237.

⁴⁵ Eşyanın üzerindeki zilyetlik durumunu değiştiren bu teslim, Mahkeme ve diğer resmi mercilere incelenmek üzere istenilen suç eşyasının, bu kurum görevlilerine tesliminden farklıdır. SEYön. m. 9'da düzenlenen bu ikinci halde, eşyanın dolaysız zilyetliği adli makamlardan, incelemeyi yapacak kamu kurumuna geçmektedir. Aynı durum muhafazası zor kıymetli eşyanın banka kasasında saklanması veya numune alınması mümkün çok sayıda eşyanın mal müdürlüğüne gönderilmesi (SEYön. m. 10/2-3) veya araçların muhafaza için yine mal müdürlüğüne gönderilmesi (SEYön m. 12) yahut silah ve mühimmatın Jandarma birlik depolarına teslimi (SEYön. m. 11) hallerinde de caridir.

⁴⁶ Suç eşyası yönetmeliğinde teslim yerine de iade tabiri kullanılmıştır. Nitekim Yönetmeliğe göre "Suç eşyasının iadesine (...) teminat ya da rayiç değerinin ödenmesi karşılığında karar verilmiş ise, bunun mahallin en büyük mal memurluğuna yatırıldığına dair makbuz ya da belge evraka eklenir" (SEYön. m. 14).

Bu iki olasılığı incelemeye geçmeden evvel şu hususu belirtmemiz gerekir ki kanunda açıkça yalnızca ispat vasıtası olarak kullanılacak eşyadan söz edildiği için yalnızca kazanç müsadereesi konusu olması hasebiyle elkonulan malvarlığı değerlerinin herhangi bir suretle teslimine konu olabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle örneğin suçtan elde edildiği şüphesi ile elkonulan para ya da para yerine geçen değerlerin şüpheli, sanık veya ilgililere tesliminden söz edilemez. Bunlar, koşulları varsa ancak *iadeye* konu olabilirler. Bu açıdan *teslim*, yalnızca mahiyeti itibariyle teslimine uygun *eşyalar* için söz konusu olabilecek bir kurumdur.

B. Teslim Türleri

1. Emaneten Teslim

CMK m. 132/5'e göre "Elkonulan eşya, soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhal iade edilmek koşuluyla, muhafaza edilmek üzere, şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebilir. Bu bırakma, teminat gösterilmesi koşuluna da bağlanabilir". Buna göre elkoyma işlemine konu edilen eşya, "muhafaza edilmek üzere" şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebilir.⁴⁷ Esasen bu hüküm, ispat vasıtası olması veya müsadere konusu olma ihtimali nedeniyle eşyanın muhafazasına gerek olmasına rağmen bunun adli emanet eliyle yapılmasının imkansız veya güç olduğu yahut eşyanın ekonomik sebeplerle şüpheli, sanık veya diğer bir kişinin muhafazasında olmasının, bu kişilerin ekonomik bir kayba uğramamasının temin edilmesi açısından elkoymanın amaçları ile daha uyumlu olacağı haller nazara alınarak ihdas edilmiştir.⁴⁸

⁴⁷ Yenisey/Nuhoglu, s. 422; Toroslu/Feyzioğlu, s. 294; Şahin/Göktürk, I, s. 359; Centel/Zafer, s. 483; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 373; Şen/Eryıldız, s. 95; Orhan, s. 156.

⁴⁸ YCGK 11.6.2019 tarih ve 2017/771 E, 2019/469 K: "El konulan eşyanın geçici olarak Devletin kontrolü altında kalması nedeniyle, değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler yetkili merciler tarafından alınmalıdır. CMK'nın 132. maddesinde de; el konulan eşyanın, zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı hâlinde, hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabileceği, değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirlerin alınacağı, soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhâl iade edilmek koşuluyla, muhafaza edilmek üzere,

Örneğin şüpheliye ait evcil bir hayvana el konulması ve fakat bunun elden çıkarılamaması nedeniyle adli emanette muhafaza edilmesinin imkansız veya güç olması yahut bir eşyanın muhafazasının mahiyeti gereği çok masraflı olması veyahut suçta kullanıldığı şüphesiyle elkonulan ve ispat vasıtası olma vasfını muhafaza eden bir kamyonetin, şüpheli, sanık veya diğer bir kişinin taşımacılık vb. gibi bir ekonomik faaliyeti için gerekli olması gibi hallerde eşyanın adli emanette muhafazası yerine emaneten şüpheli, sanık veya diğer bir kişiye teslimi gerekebilecektir.⁴⁹

Bu olasılıkları nazara alan kanun koyucu elkonulan eşyanın *muhafaza edilmek üzere, şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebileceğini* kabul etmiştir.⁵⁰ Buradaki *diğer bir kişi* ifadesi, eşya üzerinde aynı veya şahsi bir hakka sahip olan ve fakat şüpheli yahut sanık konumunda olmayan kimseleri işaret etmektedir. Örneğin şüphelinin suçta kullandığı ve fakat bir başkasına ait olan yahut şüpheye ait olmakla birlikte kiraya verilmiş olması nedeniyle elkoyma anında üçüncü bir kişinin kullanımında olan eşyanın, şüpheli konumunda olmayan malik veya kiracıya teslimi bu kapsamdadır. Ancak bu ifadenin *mağduru* işaret etmesi de mümkündür. Bu çerçevede henüz koşulları oluşmadığı için iadeye konu olamayan eşyanın, bu madde hükmü çerçevesinde mağdura teslimine bir engel söz konusu değildir.

Kanun teslimin, (*eşyanın*) *bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhal iade edilmek koşuluyla* yapılabileceğini kabul etmiştir. Buna göre eşyayı teslim alan kişi, bu teslim işlemiyle birlikte, tes-

şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebileceği, delil olarak saklanması gerek kalmaması hâlinde, rayiç değerinin derhâl ödenmesi karşılığında, ilgili teslim edilebileceği hüküm altına alınmıştır”, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Çevrimiçi), 23.8.2021.

⁴⁹ Bkz. Şahin/Göktürk, I, s. 359; Şen/Eryıldız, s. 95. Doktrinde, eğer CMK m. 132/5 gereğince emaneten teslimin koşulları gerçekleşmişse, orantılılık ilkesi gereği artık aynı maddenin ilk fıkrasına göre eşyanın elden çıkarılması yoluna başvurulmaması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre “delil değeri kalmayan ve zarara uğraması ya da değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin bulunduğu eşyalar ilgisinin rayiç değerini ödemesi halinde, ilgisine teslim edilmelidir” Ünver/Hakeri, s. 420.

⁵⁰ Doktrinde bu teslim “yediemine verme tedbiri” (Centel/Zafer, s. 483) veya “güvenilir kişiye teslim” (Soyaslan, s. 309) olarak da ifade edilmektedir. Yine doktrinde, teslimin, eşyanın elden çıkarılmasının bir şekli olduğu (Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 373) veya “fiili elkoymanın kaydı hali” olduğu (Şen/Eryıldız, s. 95) da belirtilmiştir.

lim süresi boyunca eşyanın *bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak* ve istenmesi halinde *derhal iade etmek* yükümlülüklerini üstlenmektedir.⁵¹ Bunlar, kanun hükmünün teslimine bağladığı yükümlülükler mahiyetinde olup teslimine ilişkin Cumhuriyet savcısının yazısında veya mahkeme kararında buna ilişkin bir kayıt yahut ihtar geçmese bile teslimle birlikte doğmaktadırlar. Bu nedenle eşyayı teslim alan kişi, eşyanın *dolaysız zilyetliği* kendisinde olduğu sürece eşyanın mahiyetine göre bakım ve gözetimiyle ilgili gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Örneğin fiilen elkonulan otomobilin kendisine teslimi halinde şüpheli, bunun zarar görmemesi ve çalışır vaziyette olabilmesi için gerekli mutat koruma ve bakım tedbirlerini almakla ve bunun yanında, eşyanın iadesinin istenilmesi halinde en kısa zamanda eşyayı iade etmekle de yükümlüdür. Bu yükümlülükler uymaması halinde teslim alan kişinin TCK m. 289 çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelebilecektir.⁵²

Kural olarak emaneten teslim yapılabilmesi için kanun bir teminat gösterilmesi şartı aramamıştır. Ancak CMK m. 132/5'in son cümlesinde emaneten teslimin teminat gösterilmesi koşuluna bağlanabileceği öngörülmüş ve teslimine yetkili makamın bu teslimi, aynı ya da nakdi bir teminat gösterilmesi şartı ile yapabilmesine olanak tanınmıştır.⁵³ Haliyle, emaneten teslimin teminat gösterme şartına bağlanması ihtiyaridir.⁵⁴ Bu nedenle teslimin teminat şartına bağlanıp bağlanmayacağı hususunu somut olayın özelliklerine göre teslimine yetkili merci takdir edecektir. Teminat miktarı açısından ise Kanun herhangi bir düzenlemeye gitmemiştir. Ancak teslimin amacı nazara alınırsa buradaki

⁵¹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 422; Soyaslan, s. 310.

⁵² Y4CD, 27.4.2015 tarih ve 2013/19830 E, 2015/27802 K : "Sanığın fabrikasının bahçesinde muhafaza ettiği ve bu suretle zilyetliğinde bulundurduğu yaklaşık 8,5 ton ağırlığındaki hurda demirin hırsızlık suçundan elde edildiği iddiası üzerine, hurdaya yöntemince elkonulmasını ve CMK'nın 132/5. maddesi uyarınca yediemin sıfatıyla sanığa teslimini takiben yapılan soruşturma sonunda, (...) sanığın, yöntemine uygun biçimde elkonulduktan sonra kendisine yediemin olarak teslim edilen malları üçüncü kişiye satması şeklindeki eylemin, TCK'nın 289. maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğu gözetilmeden güveni kötüye kullanma suçundan mahkumiyet kararı verilmesi, Kanuna aykırı...", <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Çevrimiçi), 23.8.2021.

⁵³ Yenisey/Nuhoğlu, s. 422; Soyaslan, s. 310; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 373.

⁵⁴ İTCKM'nın yukarıda alıntılıdığımız 262. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde de lüzumu halinde hâkim tarafından, iade edilen eşyaların gerektiğinde hazır bulundurulmasının emredilebileceği ve bunu temin amacıyla bir depozito talep edilebileceği hükme bağlanmıştır. Lattanzi/Lupo/Nappi, s. 846.

teminatın, yükümlülüklerle aykırı davranılması noktasında caydırıcı olabilecek bir miktarda olmasını aramak gerekecektir. Dikkat edilirse burada eşya, yalnızca müsadere konusu olabilecek mahiyette olmayıp aynı zamanda delil olma vasfını devam ettirmektedir. Dolayısıyla yalnızca eşyanın rayiç bedelinin teminat olarak gösterilmesi, çoğu durumda teminatla güdülen amaç açısından yeterli olmayabilecektir. Bu açıdan merci, eşyanın değerinden daha yüksek bir teminat gösterilmesini de şart koşabilir. Her durumda bu teminatın nev'i yönünden kanunda bir sınırlandırma olmadığından merci, teslim için aynı, nakdi veya kişisel bir teminat isteyebilecektir.⁵⁵

2. Rayiç Bedel Karşılığı Teslim

CMK m. 132/6'ye göre "Elkonulan eşya, delil olarak saklanmasına gerek kalmaması halinde, rayiç değerinin derhal ödenmesi karşılığında, ilgiliye teslim edilebilir. Bu durumda müsadere kararının konusunu, ödenen rayiç değer oluşturur". Buna göre eğer elkonulan eşyanın müsadere konusu olması mümkün ve fakat delil olarak adli makamların eli altında muhafazasına artık gerek bulunmamakta ise ilgili kişiye teslim edilmesi mümkündür.⁵⁶ Örneğin elkonulan eşyanın, müsadere konusu edilmesi olanak dahilinde olmasına rağmen adli emanette saklanmasının, atılı suçun ispatı açısından gelinen aşama itibarıyla hiçbir öneminin kalmaması halinde, bu hüküm gereğince ilgiliye teslimine karar verilebilmesi olanaklıdır.

Bu halde kanun her ne kadar teslimden söz etmiş ve yukarıda incelediğimiz emaneten teslim benzer koşullar öngörmüşse de aslında burada söz konusu olan bir tür iadedir.⁵⁷ Zira bu hükme göre teslim kararı verilmesi halinde eşyanın zilyetliği tümüyle teslim alan kimseye devredilmektedir. Bunun sonucu olarak teslim alan kişi, eşya üzerindeki aynı veya şahsi hakkının sağladığı tüm yetkileri de kullanma imkanına sahip hale gelmektedir. Bir başka ifade ile bu halde örneğin eşyanın malikine teslim edilmesiyle bu kimse, mülkiyet hakkından do-

⁵⁵ Aydın, s. 211; Orhan, s. 156.

⁵⁶ Yenisey/Nuhoğlu, s. 422; Toroslu/Feyzioğlu, s. 295; Centel/Zafer, s. 483; Soyaslan, s. 310; Şahin/Göktürk, I, s. 360; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 373-374; Şen/Erıldız, s. 97; Gedik, s. 79.

⁵⁷ Doktrinde bu teslim türü için "ilgiliye teslim tedbiri" de denilmektedir. Bkz. Centel/Zafer, s. 483.

ğan tüm yetkileri kullanabilir ve bu çerçevede eşyayı kullanabileceği ve semerelerinden yararlanabileceği gibi dilerse her türlü tasarruf işlemine de konu edebilir. Zira emaneten teslimden farklı olarak burada Kanun eşyanın *bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhal iade edilmek koşuluyla* tesliminden söz etmemiştir. Aksine, müsadere konusu olabilecek nitelikte olsa da delil olarak saklanmasına artık gerek kalmayan bir eşya söz konusu olduğundan, haliyle bu eşyanın aynıyla muhafaza edilmesine de lüzum bulunmamaktadır. Aşağıda belirteceğimiz üzere, bu hükmün uygulanması için eşyanın *rayiç değerinin derhal ödenmesi* şart kılındığından, müsadere kararı verilmesi halinde bu kararlarla ulaşılmak istenen hedefe, bu kaim değer müsadereye konu edilmesi ile de ulaşılmış olacağından, artık teslim edilen eşyanın herhangi bir tasarrufa konu edilecek olup olmamasının da bir önemi olmayacaktır.

Kanun, teslim yönünden evvela *eşyanın delil olarak saklanmasına gerek kalmaması* şartını aramıştır.⁵⁸ Bu nedenle bu hükme göre teslimden söz edilebilmesi için söz konusu eşyanın soruşturma ve kovuşturma da delil olarak kullanılmasına artık gerek olmadığı hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılmış olmalıdır. Bu durum eşyanın, soruşturma ve kovuşturmanın geldiği aşama itibarıyla artık maddi gerçeğin sübutu yönünden hiçbir fonksiyonunun olamayacağını anlaşılmaması halinde söz konusu olabilecektir. Eşyanın ispat yönünden çeşitli özelliklerinin gelinen aşamada keşif ve muayeneye ya da bilirkişi incelemesine konu edilmiş olması ise bu fıkra göre teslim açısından bizce kâfi değildir. Zira ceza muhakemesinde delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi gereğince, delilin muhakemenin ilerleyen aşamalarında yeniden keşif ve muayeneye konu olması her zaman mümkündür.⁵⁹ Bu nedenle eşyanın delil olarak fonksiyon arz etme niteliği olduğu müddetçe, bu fıkra göre teslim işlemine konu edilebilmesi mümkün

⁵⁸ Toroslu/Feyzioglu, s. 295. Aynı vurgu İtCMK m.262'de de yapılmıştır. Buna göre eşyanın iade veya teslimine konu olabilmesi için delil olarak muhafazasına artık gerek kalmamış olması gerekir (İtCMK m.262/1). Bernasconi, s. 307; Lattanzi/Lupo/Nappi, s. 848; Barbuto/Luerti/Pilla/Spina, s. 176.

⁵⁹ Bu konuda bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 84; Soyaslan, s. 408; Öztürk/Tezcan/Er-dem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 153 vd.; Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku – II, 10. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020, s. 106 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 77-78; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 132-134; Ünver/Hakeri, s. 87-88.

değildir. Bu durumda teslimin gerekmesi halinde koşulları varsa yukarıda belirttiğimiz *emaneten teslim* kurumunun işletilmesi söz konusu olabilirse de eşyanın rayiç bedel karşılığı teslimine olanak bulunmayacaktır. Buna karşılık eşyanın tümü değil de bir kısmının örnek olarak alınması yoluyla da delil olarak kullanılması mümkünse, alınacak numunenin muhafazasına devam edilmesi ve fakat geri kalan kısmının rayiç bedel karşılığı teslimine konu edilmesi olanaklıdır.

İkinci olarak kanun, eşyanın *rayiç değerinin derhal ödenmesi karşılığında* teslim edilebileceğini hükme bağlamıştır. Bu nedenle bu hükmün uygulanabilmesi için eşyanın rayiç değeri tespit edilmeli ve teslim almak isteyen kişi tarafından ödenmelidir. Esasen CMK m. 123/3'de "*Muhafaza altına alınan veya elkonulan eşya ya da malvarlığı değerlerinin kıymeti tespit edilir*" hükmüne yer verildiğinden eşyanın kıymeti, muhafaza altına alma veya elkoyma ile birlikte tespit edilecekse de kanun *rayiç* değerden söz ettiğinden malın işlem tarihindeki piyasa değerinin ödenmesi talep edilecektir. Bu değer, lüzumu halinde bilirkişi incelemesi yaptırılması yoluyla tespiti de mümkündür. Her durumda, bizce bu bedelin malın tesliminden önce ödenmiş olmasını aramak gerekmektedir. Nitekim kanun teslimin, rayiç bedelin *derhal* ödenmesi *karşılığında* yapılabilmesini hükme bağlamıştır. Bu nedenle rayiç bedel ödenmeden evvel eşyanın bu maddeye göre teslim edilebilmesi olanaklı değildir.⁶⁰

C. Teslim Usulü ve Teslimin Sonuçları

CMK, emaneten teslim açısından, teslimin soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından yapılacağını hükme bağlamıştır.⁶¹ Rayiç bedel karşılığında teslim açısından ise bu teslim işlemi yapma yönünden kimin yetkili olduğuna dair CMK m. 132/6'da herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.⁶² Ancak iki fıkra arasındaki sistematik ilişkiden yola çıkarak, CMK m. 132/5'in, kendisinden sonra gelen fıkra yönünden de yetkili mercii be-

⁶⁰ Nitekim Suç Eşyası Yönetmeliği m.16/3'de de teslim işleminin yapılabilmesi için emanet bürosuna, eşyanın rayiç değerinin mahallin en büyük mal memurluğuna yatırıldığına dair makbuz ya da belge ibraz edilmesi gerektiği öngörülmüştür.

⁶¹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 422; Soyaslan, s. 311; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 373.

⁶² Centel/Zafer, s. 484.

lirlediğini ifade etmemiz bizce olanaklıdır.⁶³ Bu nedenle bizce, rayiç bedel karşılığı teslim açısından da soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığı, kovuşturma evresinde yargılamayı yapan mahkeme yetkilidir.

Her iki teslim de kanuni düzenleme nazara alındığında hem Cumhuriyet Başsavcılığı hem de mahkeme açısından *açıklama mahiyetinde fiili bir işlem* niteliğindedir.⁶⁴ Bu halde ortada tali bir ceza uyuşmazlığından söz edilemeyeceğinden mahkeme tarafından yapılan teslim işlemi de bir *karar* mahiyetinde değildir.⁶⁵ Esasen teslimin talep üzerine yapılabilmesi de olanaklıdır ancak bir talep söz konusu olsa dahi bu teslim bir ceza uyuşmazlığına ve haliyle bir tali ceza davasına sebebiyet verecek nitelikte değildir. Nitekim buna uygun olarak da kanunda, soruşturma aşamasında *hâkimin* de teslim yetkili olduğundan ve kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından teslimin yapılması ile ilgili olarak *karar verilmesinden* söz edilmemiştir.

CMK m. 132/5 veya 132/6 gereğince eşyanın teslimi, talep üzerine olabileceği gibi re'sen bu yönde bir işlem yapılması da mümkündür.⁶⁶ Ancak bu ikinci halde, ilgilinin teslimi kabul etme yükümlülüğü söz konusu değildir.⁶⁷ Bu nedenle örneğin elkonulan eşyanın kendisine

⁶³ Sistematik yorum yoluyla CMK m.132/2 hükmünden yola çıkarak, bu halde teslimin hâkim veya mahkeme tarafından yapılabileceği yönünde bkz. Özen, s. 760.

⁶⁴ Ceza muhakemesinde işlemler fikri ve fiili olarak ikiye ayrılır. Fikri işlemler asli veya tali mahiyette bir uyuşmazlığa ilişkin yapılan işlemlerdir. Bunlar hâkim tarafından uyuşmazlığın çözümüne dair yapılan bir işlem mahiyetinde ise karar, taraflarca görüş açıklama mahiyetinde ise açıklama (mütalaa ya da savunma) şeklinde cereyan eder. Buna karşılık işlem doğrudan bir ceza uyuşmazlığının çözümüne ilişkin değilse kural olarak fiili bir işlemden söz edilir. Bu işlemde bir uyuşmazlığın çözümü söz konusu olmadığından örneğin hâkim tarafından yapılan bu tür bir işlemin karar mahiyetinde olduğundan söz edilemez. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. ve kısmen krş. Kunter, s. 298 vd.; Güneş Okuyucu Ergün, Ceza Muhakemesi İşlemleri, Ankara, Yetkin, 2015, s. 55, 70 vd.

⁶⁵ Karardan, asli veya tali bir ceza uyuşmazlığının söz konusu olması halinde söz edilebilir. Bkz. Kunter, s. 310 vd.; Okuyucu Ergün, s. 55, 61 vd. Kanun da "Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir" (CMK m. 267) hükmüne yer vererek kararı bu anlamıyla kullanmıştır.

⁶⁶ Krş. Aydın, s. 211.

⁶⁷ Suç Eşyası Yönetmeliği m. 21 de bu hukuki duruma göre düzenlenmiştir. Nitekim anılan maddeye göre "İadesine karar verilmiş olup usulüne uygun meşruhatlı tebligata rağmen sahipleri tarafından bir ay içinde alınmayan veya kendilerine tebligat yapılamayan kimselere ait eşya en geç iki ay içerisinde satılarak bedeli millî bankalardan birinde ilgilisi adına açılacak vadeli hesaba yatırılır". Yukarıda andığımız gibi burada iade ibaresi hem CMK m.131 gereğince iadeyi hem de

teslimini reddetmesi halinde şüpheliye teslim yapılabilmesi mümkün olmayacaktır. Esasen bu teslimin bir yükümlülük doğurması ve buna riayet etmemenin cezai sonuçlarının olması karşısında farklı şekilde düşünmeye olanak bulunmamaktadır.

Teslim yönünde bir talebin olması halinde ise bu talep soruşturma aşamasında Cumhuriyet Başsavcılığı, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından değerlendirilecektir⁶⁸. Kanun aşağıda inceleyeceğimiz iadede farklı olarak teslim açısından Cumhuriyet Başsavcılığı veya mahkemenin bu husustaki işlemine karşı -işlemin mahiyeti gereği- bir başvuru imkanı öngörmediğinden, bu yöndeki taleplerin geri çevrilmesi halinde talepte bulunanın Cumhuriyet Başsavcılığı işlemi aleyhine bir tali ceza davası açma veya mahkeme işlemi aleyhine kanun yoluna başvurma imkanı söz konusu olmayacaktır.

Emaneten teslimde eşya yalnızca *muhafaza edilmek üzere* teslim edilmektedir. Dolayısıyla bu ihtimalde adli makamlar eşyanın dolaylı zilyedi olarak kalmaya devam ederler. Kendisine teslim edilen kimse ise eşyanın dolaysız zilyetliğini kazanır. Bu kimse, elkoyma hukuken ortadan kalkıncaya kadar eşyayı muhafaza edecek ve bu çerçevede bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri alacak ve istendiğinde derhal iade edecektir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu *yükümlülüklere uyulmaması halinde teslim alan kişinin TCK m. 289 çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelebilecektir.*

Rayiç bedel karşılığında teslimde ise eşyanın zilyetliği tümüyle teslim alan kimseye devredilmektedir ve bunun sonucu olarak teslim alan kişi, eşya üzerindeki aynı veya şahsi hakkının sağladığı tüm yetkileri de kullanma imkanına sahip olacaktır. Nitekim Kanun da eğer ileride bir müsadere kararı verilirse artık *müsadere kararının konusunu, ödenen rayiç değerini oluşturacağını* hükme bağlamıştır. Haliyle bu kimşenin eşyayı istendiğinde iade etmek gibi bir yükümlülüğünden söz etmek mümkün değildir. Ancak bu durumda teslimin, yalnızca *zilyetlik* yönünden hukuki sonuç doğuracağı hususuna dikkat etmemiz

CMK m.132 gereğince teslimi birlikte ifade edecek şekilde kullanılmıştır. Bu açıdan re'sen kendilerine teslim veya iade yapılması yönünde karar verilen kimşelerin bunu kabul ederek eşyayı teslim alma yönünde bir zorunlulukları bulunmamaktadır.

⁶⁸ Aydın, s. 210-211.

gerekmektedir. Yoksa bu işlem, elbette eşyanın mülkiyeti yönünden bir sonuç doğurabilecek nitelikte değildir. Bu nedenle, eşya üzerinde mülkiyet iddiasında bulunan kimselerin hukuk mahkemesinde bu konuda her zaman dava açmaları mümkündür.

III. ELKONULAN EŞYA ve MALVARLIĞI DEĞERLERİNİN İADESİ (CMK m. 131)

A. Kavram ve Hukuki Nitelik

1. Genel Olarak

Yukarıda belirttiğimiz üzere elkoyma kararına konu olan eşya ve malvarlığı değerleri ispat yönünden faydalı ve/veya müsadereye konu olabilecek mahiyettedir ve bu nedenle soruşturma ve kovuşturma boyunca adli makamların eli altında bulunmaları, ceza muhakemesinin amaçlarının gerçekleşmesi açısından önemlidir. Ancak elkoyma koruma tedbiri de diğer tüm koruma tedbirleri gibi *geçici olma* özelliği taşır.⁶⁹ Bunun doğal sonucu olarak bu tedbir ancak ulaşılmak istenen amacın gerekli kıldığı sürece uygulanabilir, bu amaç ortadan kalkmışsa tedbirin uygulanmasına da son verilmelidir.⁷⁰ Bu çerçevede elkoyma tedbiri açısından eşyanın adli makamların eli altında bulunmasının ispat yönünden bir anlamının olmadığını ortaya çıkması ve aynı zamanda müsadere konusu olamayacağıının da anlaşılması halinde elkoymanın devamında bir hukuki fayda olamayacağı açıktır.⁷¹ Bunun yanında, bir malvarlığı değeri suçtan elde edilmiş olduğu için elkoyma kararına konu olabilir ve fakat bilahare bu değer için mağdura ait olduğu ortaya çıkabilir⁷² ve bu halde malvarlığı değerinin mağdura teslim edilmemesi, onun açısından ekonomik bir kayba sebebiyet verebileceği gibi her durumda bu kimsenin malvarlığı değeri üzerindeki haklarını kullanamaması ikincil bir mağduriyete de yol açabilecektir. İşte bu olasılıkları göz önünde bulunduran kanun koyucu, elkonulan

⁶⁹ Barbuto/Luerti/Pilla/Spina, s. 176; Ruggeri/Maggio, s. 802; Cordero, s. 842; Tosun, I, s. 677; Erem, s. 469; Toroslu/Feyzioğlu, s. 293; Centel/Zafer, s. 1052; Gökçen, s. 21-22; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 469; Gedik, s. 80.

⁷⁰ Tonini, s. 374; Ruggeri/Maggio, s. 802; Barbuto/Luerti/Pilla/Spina, s. 176; Cordero, s. 842; Tosun, I, s. 677; Gökçen, s. 22; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 469; Gedik, s. 80.

⁷¹ Barbuto/Luerti/Pilla/Spina, s. 176.

⁷² Şen/Eryıldız, s. 169.

eşyanın soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağıın anlaşılması yahut 128. maddeye göre elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması hallerinde, bu eşya ve malvarlığı değerlerinin iadesine karar verilebileceğini hükme bağlamıştır.⁷³

Bu düzenlemeler nazara alınarak *elkonulan eşyanın veya malvarlığı değerlerinin iadesi*, elkoymaya konu taşınır eşyanın veya malvarlığı değerinin *dolaysız zilyetliğinin* veya hak ve alacaklara ilişkin *talep yetkisinin*, kanunda belirtilen sebeplerin gerçekleşmesi üzerine, henüz hüküm kurulmadan önce, herhangi bir bedel alınmaksızın ve istenildiğinde geri verme koşulu söz konusu olmaksızın, şüpheli, sanık veya üçüncü kişilere iadesi veya mağdura devredilmesi şeklinde tanımlanabilir. Bu tanımlama nazara alınırsa elkonulan eşyanın CMK m. 131 gereğince iadesinin, *elkoymanın kaldırılması* ve bir önceki başlıkta incelediğimiz *elkonulan eşyanın teslimi* kurumlarından farklı ve kendine has bir muhakeme kurumu olduğu görülecektir. Yine bu tanımlamamız çerçevesinde elkonulan eşyanın iadesinin, CMK m. 256/2 çerçevesinde hükümden sonra söz konusu olan *müsadere yargılaması neticesinde iade* kurumundan da oldukça farklı olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, elkonulan eşya ve malvarlığı değerlerinin iadesi kurumunun uygulanma koşulları ve tatbik usulünü incelemeden evvel, hukuki niteliğinin ortaya konulabilmesi için belirttiğimiz diğer kavram ve kurumlardan ayrılmasına dair esasları ortaya koymamız gerekmektedir.

2. Benzer Kavramlardan Ayrılması ve Bu Çerçeve Hukuki Niteliği

- a. Elkonulan eşya veya malvarlığı değerlerinin iadesi kurumu evvela, elkoyma işlemindeki hukuka aykırılığın yaptırımını mahiyetindeki *elkoymanın kaldırılmasından* farklıdır. Elkoymanın kaldırılması çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir: Öncelikle, hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma, CMK m. 127/3'de öngörülen sürelerde hâkim onayına sunulmaz yahut hâkim, onay talebi hakkında olumsuz karar verir veya kanunda belirtilen sürede karar vermez-

⁷³ Soyaslan, s. 309; Toroslu/Feyzioğlu, s. 293; Gökçen, s. 22; Ünver/Hakeri, s. 419; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 375; Aydın, s. 212; Orhan, s. 160; Parlar, s. 345.

se kendiliğinden kalkacaktır.⁷⁴ İkinci olarak, elkoyma kararına itiraz mümkün olup⁷⁵ bu itirazın yerinde görülmesi halinde itiraz mercii aynı zamanda itiraz konusu olan elkoyma işlemi hakkında da bir karar vereceğinden (CMK m 271/2) bu suretle elkoymanın kaldırılmasına karar verilebilmesi de mümkündür. İtiraz mercii- nin vereceği karar kesin nitelikte olduğundan bu kararla birlikte elkoyma da kalkacaktır.⁷⁶ Üçüncü olarak CMK m. 127’de, zilyetliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimsenin, hâkimden “her zaman bu konuda bir karar verilmesini” isteyebileceği hükme bağlanmış olup bu istem üzerine elkoymanın kaldırılması da mümkündür.⁷⁷ İşte tüm bu hallerde *elkoymanın kaldırılması*, eşyanın da sahibine iadesi zorunluluğunu doğuracaktır⁷⁸ ve bu sonucu itibariyle de inceleme konumuz olan eşyanın veya malvarlığı değerlerinin iadesi kurumuna yaklaşmaktadır. Ancak her durumda *elkoymanın kaldırılması*, esasen yapılan elkoyma işleminin hukuka aykırılığı ile ilgilidir; örneğin itiraz mercii elkoyma kararına yapılan itirazı incelediğinde ve bunun sonucunda elkoymanın kaldırılmasına karar verdiğinde, tartışma konusu yaptığı husus bizatihi elkoyma işleminin hukuka uygun olup olmadığıdır. Bu değerlendirme, tedbire müsnet kararın yahut tedbirin icrasının kanuna uygun olup olmadığı veya yalnızca tedbirin devamının orantılı olup olmadığıyla ilgili olabilir.⁷⁹ Bu çerçevede *elkoymanın*

⁷⁴ Yurtcan, s. 433; Yenisey/Nuhoğlu, s. 415; Şahin/Göktürk, I, s. 355; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 525; Centel/Zafer, s. 481; Gökçen, s. 161; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 476; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 371.

⁷⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 534; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 181; Centel/Zafer, s. 481; Gökçen, s. 207; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 374; Aydın, s. 214; Parlar, s. 327. Krş. Özen, s. 756.

⁷⁶ Bkz. Kunter, s. 660; Yurtcan, s. 581; Yenisey/Nuhoğlu, s. 884; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 668.

⁷⁷ Şahin/Göktürk, I, s. 356; Centel/Zafer, s. 481; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 489; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 375; Özen, s. 755-756. Aynı mahiyette hükme, her üç el koyma türü için İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu’nda da yer verilmiştir. Buna göre şüpheli, sanık veya diğer ilgililer, her zaman elkoyma kararının gözden geçirilmesini hâkimden isteyebilirler (İtCMK m. 257, 318 ve 324). Bkz. Tonini, s. 374-375; Bernasconi, s. 306-307.

⁷⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 535; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 189; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 490.

⁷⁹ Bkz. ve krş. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/

kaldırılması, teknik olarak münhasıran “bir muhakeme işlemindeki hukuka aykırılığın yaptırımı” mahiyetindedir ve bu kararı veren merciye göre de *geri alma* veya *bozma* niteliğindedir.⁸⁰ Bu nedenle esasen *elkoymanın kaldırılması* halinde, iade yönünde ayrıca bir karar vermeye de lüzum yoktur. Buna karşılık elkonulan eşya yahut malvarlığı değerinin iadesi hükmünün uygulanması açısından yapılan değerlendirmede elkoyma işleminin hukuka uygunluğu tartışılmaz; burada inceleme konusu yapılan husus yalnızca CMK m. 131’de öngörülen iade koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğidir.⁸¹ Bu nedenle elkonulan eşyanın iadesi, bir başka işlemin yaptırımı mahiyetinde olmayıp başlı başına bir ceza muhakemesi işlemidir ve bu yönüyle elkoymanın kaldırılmasından ayrılır.⁸²

- b. Elkonulan eşyanın veya malvarlığı değerinin iadesi, mahiyeti itibariyle yukarıda incelediğimiz teslimden de ayrılır. Özellikle *emaneten teslimde* eşyanın yalnızca fer’i zilyetliği, istenildiğinde iade etmek koşuluyla eşya kendisine teslim edilen kimseye bırakılmaktadır. Bu ihtimalde adli makamlar eşyanın dolaysız zilyetliğini devrederken dolaylı zilyedi olarak kalmaya devam ederler. Oysa *iadede*, eşyanın zilyetliği tümüyle şüpheli, sanık veya bir başkasına terkedilmekte ve adli makamlar eşya üzerinde elkoyma ile kazandıkları zilyetliği tümüyle kaybetmektedirler. Bu nedenle *emaneten teslimde* belirli nedenlerle eşyanın bir süre için bir başkasına bırakılması söz konusu iken *iadede* eşyanın zilyetliği bir başkasına tümüyle ve herhangi bir koşula bağlı olmaksızın devredilmektedir.

Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 535; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 189; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 490.

⁸⁰ Kavramlar için bkz. Kunter, s. 331; Yenisey/Nuhoglu, s. 143; Öztürk/Tezcan/Erden/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 297; Şahin/Göktürk, II, s. 237; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 271; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 142. Nitekim iade kurumuna yer verilmeyen CMUK döneminde eğer elkoyma sebebi kalmamışsa, elkoyma kararı geri alınarak eşyanın hükümden önce iadesinin mümkün olabileceği belirtilmiştir. Bkz. Kunter, s. 467.

⁸¹ Bkz. Tonini, s. 375. Açık olmamakla birlikte, CMK m.127 gereğince yapılan başvuru neticesinde verilen kabul kararı ile CMK m.131 gereğince verilen iade kararı arasında benzeri bir ayırım yapan bkz. Özen, s. 756.

⁸² Bu ayırımın pratik sonuçları da vardır. Örneğin elkoymanın kaldırılması yönündeki hâkim kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı genel hükümlere göre itiraz edebilir. Oysa eşyanın iadesi yönündeki kararlar verildiği anda kesin olup Cumhuriyet savcısının buna itiraz etmesi mümkün değildir. Yine elkoymanın kaldırılması halinde eşya önceki zilyede döner oysa iade kararı ile eşya bir başka kişiye de verilebilir.

Bu özelliği çerçevesinde eşyanın iadesi daha ziyade *rayiç bedel karşılığı teslim*e yakındır, hatta yukarıda belirttiğimiz üzere bu ikinci halde gerçekte söz konusu olan da bir tür iadededir. Zira bu halde de eşyanın zilyetliği tümüyle devredilmektedir. Ancak eşyanın iadesi kurumundan farklı olarak rayiç bedel karşılığı iade şartına bağlıdır. Bu şart, eşyanın rayiç bedelinin ödenmesi niteliğinde olduğundan aslında eşya, onun yerini tutabilecek bir malvarlığı değeri karşılığında iade edilmektedir. Oysa CMK m. 131’de düzenlenen eşyanın iadesi şartına bağlı değildir. Bu halde eşyanın zilyetliği, herhangi bir şartına bağlı olmaksızın ve bu çerçevede karşılığında bir değer alınmaksızın devredilmektedir. Bu yönüyle iade, rayiç bedel karşılığı teslimden de ayrılmaktadır.

- c. Burada incelediğimiz ve CMK m. 131’de düzenlenen *eşyanın ve malvarlığı değerinin iadesi* kurumu, eşyanın müsadereye tabi olması nedeniyle iadesine ilişkin CMK m. 256/2’de düzenlenen *müsadere davasında iade* kurumundan da ayrılmaktadır. Nitekim anılan maddede temelde müsadere usulü öngörülmüş ve müsadere kararı verilmesi gereken hallerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemiş olması ihtimalleri ele alınmakta olup maddenin birinci fıkrasında bu halde karar verilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya katılanın, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabileceği öngörülmüştür.⁸³ Maddenin ikinci fıkrasında ise “*Kamu davası açılmış olup da iade edilmesi gereken eşya veya malvarlığı değerleri ile ilgili olarak esasla birlikte bir karar verilmemiş olması durumunda, mahkemece re’sen veya ilgililerin istemi üzerine bunların iadesine karar verilir*” hükmüne yer vermiştir. Buna göre asli ceza davası devam ederken elkonulan eşyanın veya malvarlığı değerinin iadesi hususunda bir karar verilmemiş ise mahkemece re’sen veya ilgililerin istemi üzerine bu hususta bir inceleme yapılarak bunların iadesine karar verilmesi mümkündür.⁸⁴ Görüleceği üzere burada artık eşyanın iadesi meselesi, eşyanın müsadere edilmemesine ilişkin verilmiş bulunan hükümlerle sıkı sıkıya

⁸³ Kunter, s. 621; Yurtcan, s. 788; Yenisey/Nuhoğlu, s. 812; Soyaslan, s. 518; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 777; Centel/Zafer, s. 1053; Ünver/Hakeri, s. 715.

⁸⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s. 812-813; Soyaslan, s. 519; Centel/Zafer, s. 1053; Şahin/Gök-türk, II, s. 222; Ünver/Hakeri, s. 715.

bağlıdır. Mahkeme ya müsadere konusundaki uyuşmazlığı bir neticeye bağlamış ancak yalnızca iade konusunda karar vermemiştir ya da müsadere veya iade konusunda karar verilmesi gereken bir hal vardır ancak ya hiç dava açılmamıştır ya da dava açılmış fakat mahkemece bu konuda bir karar verilmemiştir.⁸⁵ Her ihtimalde iade, yalnızca müsadere talebi hususunda olumsuz bir *hüküm* verilmesi halinde söz konusu olabilecektir ve bunun doğal sonucu olarak CMK m. 256/2'ye göre iade kararı verilmesi, müsadere konusundaki hükümden ayrı olarak ele alınabilecek bir mahiyette değildir. Hatta bu nedenle Kanun, m. 256'ya göre verilecek "...*hükümlerden...*" söz etmiş ve iade konusunda verilecek kararı da bir hüküm sayarak *istinaf kanun yoluna* tabi kılmıştır (CMK m. 258).⁸⁶ İnceleme konumuzu oluşturan *eşyanın veya malvarlığı değerinin iadesinde* ise böyle bir ilişki söz konusu olmayıp; artık bir koruma tedbiri olan elkoyma işlemine tabi tutulmasının gereksiz olması nedeniyle eşyanın şüpheli, sanık veya bir başkasına iade edilmesi yönünde ya Cumhuriyet savcısınca bir işlem yapılır ya da bu konuda bir uyuşmazlık vaki olursa sulh ceza hâkimince veya mahkemece bu hususta *karar verilir*.⁸⁷ Bu karar ise yalnızca talebe olumsuz yanıt verilmesi haliyle sınırlı olarak *itiraz kanun yoluna* tabi kılınmıştır (CMK m. 131). Dolayısıyla iki kurum da eşyanın iadesi sonucunu doğursa da nitelikleri, koşulları ve karar için öngörülen kanun yolu açısından birbirinden oldukça farklıdır.⁸⁸

B. İade Koşulları

1. Genel Mahiyette Elkoyma Halinde

Kısaca genel mahiyette elkoyma olarak ifade ettiğimiz CMK m. 123 ile nitelik itibariyle CMK m. 128 haricindeki diğer özel elkoyma

⁸⁵ Bkz. Kunter, s. 621; Soyaslan, s. 519; Yenisey/Nuhoğlu, s. 812; Centel/Zafer, s. 1053.

⁸⁶ Yenisey/Nuhoğlu, s. 814; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 778; Soyaslan, s. 519; Şahin/Göktürk, II, s. 222; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 889.

⁸⁷ Yenisey/Nuhoğlu, s. 421; Gökçen, s. 191.

⁸⁸ Nitekim bu nedenle Suç Eşyası Yönetmeliğinde de iki kurum farklı maddelerde ele alınmıştır. Gerçekten, anılan yönetmelikte "Hükümün kesinleşmesinden önce iadesine veya elden çıkarılmasına karar verilen suç eşyasına ilişkin işlemler" 16. maddede, buna karşılık "Müsaderesine veya sahibine iadesine karar verilmiş suç eşyasına ilişkin işlemler" 17. maddede düzenlenmiştir.

hallerinde adli emanette bulunan eşyanın iadesi kurumu CMK m. 131/1'de düzenlenmiştir. Hükme göre “Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılması halinde, re’sen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. İstem reddi kararlarına itiraz edilebilir”. Buna göre elkoyma konusu eşyanın soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek bulunmuyorsa ve bu eşya müsadereye de tabi tutulamayacak nitelikte ise re’sen veya talep üzerine iadesine karar verilecektir.⁸⁹ Elkonulan eşyanın bu hükme göre iadesine karar verilebilmesi için belirli şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

Evvvela, bu hüküm ancak eşya açısından uygulanabilir mahiyette olan bir hükümdür. Bu nedenle CMK m.123 gereğince eşya dışındaki malvarlığı değerleri yönünden bir elkoyma işlemi söz konusu olmuş dahi olsa bunların iadeye konu edilebilmesi mümkün değildir.⁹⁰ Bu malvarlığı değerlerinin kazanç müsaderesinin şartlarını karşılamadığının anlaşılması halinde zilyedine iadesi için -eğer koşulları varsa- yukarıda incelediğimiz *elkoymanın kaldırılmasına* karar vermek gerekli olacaktır.

İkinci olarak eşyanın *şüpheli, sanık veya üçüncü kişilere ait olması* da gerekmektedir. Buradaki aidiyet vurgusu, eşyanın *malike* iadesi esasının kabul edildiğini göstermektedir. Bu açıdan, eşyaya bir şahsi hak sahibinin elinde bulunurken elkonulduğu hallerde dahi eşyanın bu kimseye değil malik sıfatıyla zilyet olan kimseye iadesine karar verilmesi gerekmektedir. Bu gibi hallerde eşya üzerinde şahsi hak iddiasında bulunan ve bu şahsi hakkına istinaden eşyanın kendisinin dolaysız zilyetliğinde olması gerektiğini ileri süren kimsenin ise bu husustaki istemini malı iade alan kimseye karşı yöneltmesi gerekecektir. Yine kandumdaki bu ifadenin bir sonucu olarak iadeye ilişkin diğer koşulların

⁸⁹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 421; Centel/Zafer, s. 483; Soyaslan, s. 309; Şahin/Göktürk, I, s. 358; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 375; Şen/Eryıldız, s. 100; Osman Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, Seçkin, 2007, s. 667.

⁹⁰ CMK m. 123 vd. hükümlerine göre eşya dışında aynı zamanda kazançta da elkonulabileceği, bu çerçevede CMK m. 131/1'de yalnızca eşyanın iade edilebileceğinden söz edilmesinin eksiklik olduğu ve bu nedenle hükme “kazanç” kelimesinin de eklenmesi gerektiği ancak bu ekleme yapılmıyaya kadar amaçsal yorum yapılarak kazancın da geri vermeye konu edilebileceği yönünde bkz. Özen, s.758.

varlığına rağmen eşyanın, talep sahibi olan şüpheli veya sanığa değil de bir diğer kişiye ait olduğu sonucuna varılırsa re'sen bu kimseye iadesine karar verilmesi gerekecektir.

Üçüncü olarak eşyanın *soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması* da gereklidir.⁹¹ Bu nedenle bu hükme göre eşyanın malikine teslim edilebilmesi için söz konusu eşyanın soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılmasına artık gerek olmadığı hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılmış olmalıdır.⁹² Bu durum eşyanın, soruşturma ve kovuşturmanın geldiği aşama itibariyle artık maddi gerçeğin sübutu yönünden hiçbir fonksiyonunun olmayacağına anlaşılmaması suretiyle söz konusu olabilecektir. Eşyanın ispat yönünden çeşitli özelliklerinin keşif ve muayeneye ya da bilirkişi incelemesine konu edilmiş olması ise bu fıkraya göre iadesi açısından bizce kâfi değildir. Zira ceza muhakemesinde delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi gereğince, bir delilin muhakemenin ilerleyen aşamalarında yeniden keşif ve muayeneye konu olması her zaman mümkündür.⁹³ Bu nedenle eşyanın delil olarak fonksiyon arz etme niteliği olduğu müddetçe bu fıkraya göre iade edilmemesi gerekir. Bu halde eğer koşulları varsa yukarıda belirttiğimiz *emaneten teslim* kurumunun işletilmesi söz konusu olabilirse de eşyanın iadesi hükümlerine başvurulabilmesi olanaklı değildir.

Son olarak eşyanın *müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılmaması* da şarttır.⁹⁴ Kanun, bir önceki paragrafta belirttiğimiz şartı öngören ifade

⁹¹ İtalyan ceza muhakemesi sisteminde delil olarak elkonulan eşyanın iadesi için bu, temel koşuldur. Nitekim İtCMK m.262/1'e göre eşyanın iade veya teslimine konu olabilmesi için delil olarak muhafazasına artık gerek kalmamış olması gerekir (İtCMK m.262/1). Bkz. Lattanzi/Lupo/Nappi, s. 848; Bernasconi, s. 307; Barbuto/Luerti/Pilla/Spina, s. 176; Grilli, s. 486.

⁹² Grilli, s. 486; Lattanzi/Lupo/Nappi, s. 848; Bernasconi, s. 307. Krş. Özen, s.760.

⁹³ Bu konuda bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 84; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 149 vd.; Şahin/Göktürk, II, s. 106 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 77; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 132-134; Ünver/Hakeri, s. 87-88.

⁹⁴ Yukarıda belirttiğimiz gibi müsadere edilebilecek eşya ile suça ilişkin olup da serbestçe bulunması suçun etkilerini ağırlaştırabilecek veya yeni bir suç işlenmesine sebebiyet verebilecek nitelikteki eşyalara elkonulması İtCMK m. 321'de "Il sequestro preventivo" başlığı altında özel olarak düzenlenmiştir. Bu şekilde elkonulan malvarlığı değerleri açısından gelinen aşama itibariyle artık muhafazasına gerek kalmamışsa, Mahkeme müsadere edilemeyecek eşyanın sahibine iadesine karar verir (İtCMK m. 323/1). Ancak bu maddeye göre iadesi gereken eşya veya malvarlığı değerinin, savcının veya suçtan zarar görenin talebi ile İtCMK m. 316'ya

ile bu şartı öngören ifade arasında “veya” ibaresini kullanmış ise de her ikisinin mahiyeti gereği, iadenin söz konusu olabilmesi için eşyanın hem delil olarak muhafazasına gerek kalmaması hem de müsadereye tabi tutulamayacak olması şartları birlikte gerçekleşmelidir.⁹⁵ Zira bu şartlardan ilki gerçekleşir ve fakat ikincisi gerçekleşmez ise eşya iadeye değil, yukarıda incelediğimiz *rayiç bedel karşılığı teslim*e konu olabilecektir. Eşyanın müsadereye tabi olmayacağına anlaşılması, esasen TCK m. 54 hükmü kapsamında bulunmadığının anlaşılması anlamına gelmektedir. Buna göre soruşturmanın veya kovuşturmanın geldiği aşama itibarıyla eşyanın kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılmadığı veya suçun işlenmesine tahsis edilmediği ya da suçtan meydana gelen yahut suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan tehlikeli eşya (TCK m. 54/1) veyahut üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya (TCK m. 54/4) mahiyetinde olmadığı anlaşılmalıdır.⁹⁶ Buna karşılık ileride müsadere kararı verilmesinin “işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı” (TCK m. 54/3) gerekçesiyle eşyanın iadesi mümkün değildir. Zira bu, ancak müsadere muhakemesi aşamasında göz önünde bulundurulabilecek bir kriter olup bu muhakemenin bir sonuca bağlanmadığı bir aşamada eşyanın bu sebeple iade edilmesi olanaklı değildir.

Kanun eşyanın şüpheli, sanık veya üçüncü kişilere⁹⁷ talep üzerine veya *re 'sen* iadesinin mümkün olduğunu hükme bağladığından,

göre bu sefer ihtiyaten el konulmasına karar verilebilir ve bu halde eşya iade edilmez (İtCMK m. 323/4). Bu olasılıkta önleyici elkoyma, ihtiyati elkoymaya dönüşmüş olur. Bkz. Aprile, s. 647 vd.

⁹⁵ YCGK, 21.2.2019 Tarih ve 2016/1161 E, 2019/126 K sayılı kararı: “CMK’nın ‘Elkonulan Eşyanın İadesi’ başlıklı 131. maddesinde; şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tâbi tutulmayacağına anlaşılması hâlinde, resen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verileceği düzenlenmiştir. Bu hükümler uyarınca iade kararı verilebilmesi için, eşyanın müsadereye tabi tutulamayacak olması ve aidiyetleri hususunda da herhangi bir kuşku bulunmaması gerekmektedir” <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Çevrimiçi), 23.8.2021.

⁹⁶ Bkz. Centel/Zafer, s. 1051-1052; Şahin/Göktürk, II, s. 222.

⁹⁷ İtalyan doktrininde eşyanın iadesini talep edebileceklerin sadece önceki zilyet olmadığı, bu talep konusunda meşru bir dayanağı olan üçüncü kişilerin de talepte bulunmalarına bir engelin bulunmadığı belirtilmektedir. Bkz. Ruggeri/Maggio, s. 805. Bu açıdan bizim kanunumuzda açıkça zikredilen “üçüncü kişi” tabirini, eşyanın zilyetliğinin kendilerine teslimi konusunda meşru bir talep yetkisi olan herkes olarak algılamak, hükmün amacına daha uygun düşecektir.

malikin talepte bulunmuş olması, eşyanın iadesi açısından zorunlu bir koşul değildir.⁹⁸ Diğer taraftan CMK m. 131/1'de, bir sonraki fıkranın aksine *mağdur* açıkça zikredilmemiştir. Ancak bizce burada geçen üçüncü kişiler ibaresinin mağduru da kapsadığının, ikinci fıkrada ise yalnızca mağdura iadenin mümkün olabileceğinin gösterilmesi amacıyla açıkça "mağdur" ibaresinin zikredildiğinin kabulü gerekmektedir.⁹⁹ Zira CMK m. 128 gereğince elkonulan eşya ve malvarlığı değerleri gibi CMK m. 123 vd. gereğince elkonulan eşyanın da mağdura ait olması mümkündür. Nitekim CMK m. 127/5'te de elkoyma işleminin suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirileceği hüküm altına alınmış ve CMK m. 131'e göre mağdurun talepte bulunmasına imkân tanınmıştır.¹⁰⁰ Bu açıdan bakıldığında, CMK m.131/1'in koşullarının gerçekleştiği durumlarda eşyanın mağdura iade edilmemesi için bir sebep yoktur.¹⁰¹

2. CMK m.128 Gereğince Eşya, Hak ve Alacaklara Elkonulması Halinde

CMK m. 131/2'ye göre "128'inci madde hükümlerine göre elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde, sahibine iade edilir". Bu hükümde yukarıda belirttiğimiz genel elkoyma halinde iadeden farklı olarak yalnızca 128. maddeye göre haklarında elkoyma tedbiri uygulanan eşya, hak ve alacakların *mağdura* iadesi düzenlenmiştir.¹⁰² Yukarıda belirttiğimiz üzere bu madde uyarınca elkonulan eşya ve

⁹⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 375.

⁹⁹ Gedik, s. 81.

¹⁰⁰ Toroslu/Feyzioğlu'na göre suçtan zarar görene ait eşyanın iadesinin CMK m. 131/1'e göre yapılması mümkündür. Hatta yazarlar bu sebeple, ikinci fıkradaki mağdura iadeye dair düzenlemenin anlamsız olduğu kanaatinde dirler. Bkz. Toroslu/Feyzioğlu, s. 294. Ayrıca bkz. ve krş. Ünver/Hakeri, s. 413.

¹⁰¹ Mağdura iadenin sadece CMK m. 128 çerçevesinde el konulan eşya ve malvarlığı değerlerine münhasır olarak değerlendirilmesi halinde, bu madde kapsamına girmeyen daha basit suçlara dair soruşturma ve kovuşturmalarda elkonulan eşyanın veya malvarlığı değerlerinin mağdura iadesinin söz konusu olamayacağına dikkat çeken Soyaslan, bu kavramı geniş olarak yorumlamak gerektiğini belirtmektedir. Soyaslan, s. 310. Benzer şekilde Gedik'e göre de CMK m. 131/2'nin uygulanabileceği taşınmaz hak ve alacaklara el koyma daha ciddi suçlar için öngörölmüş bir koruma tedbiridir ve bu fıkra için mağdura iade olanaklı kılınmış olduğuna göre daha basit suçlar için mağdura iade evleviyetle mümkün olmalıdır. Bkz. Gedik, s. 81.

¹⁰² Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 375.

malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanığa iadesi söz konusu olamaz: Bunların bir kısmının zaten dolaysız eşya zilyetliği şüpheli, sanık veya üçüncü kişilerde kalmaya devam etmekte ve yalnızca sicil zilyetliği kısıtlanmaktadır. Diğer bir kısmında ise zaten şüpheli veya sanığın zilyetliğindeki malvarlığı değerlerine değil bunların banka veya diğer kişiler nezdindeki alacak haklarına elkonulmaktadır. Dolayısıyla tüm bunların şüpheli veya sanığa iadesinden söz etmek zaten olanaklı değildir.¹⁰³ Bunlar açısından koşulları varsa *elkoyma tedbirinin kaldırılması* yoluna başvurulması olanaklıdır. Bu yönde bir karar verilmesi halinde, şüpheli veya sanığın sicil zilyetlikleri üzerindeki kısıtlama kaldırılmış yahut alacak veya şahsi haklardan kaynaklı talep yetkileri önceki sahiplerine dönmüş olur.

Ancak CMK m. 128’de dikkat edilirse *suçtan elde edilen* değerlerden bahsedilmektedir. Dolayısıyla bu maddeye göre elkonulan malvarlığı değerinin yargılama sonunda mağdura iade edilmesi gerekebilir (TCK m.55/1, c.2). Ancak buna rağmen bu malvarlığı değerinin tüm muhakeme sürecince elkoyma tedbiri çerçevesinde muhafazası, mağdurun uzun bir süre malvarlığı değerlerine kavuşamaması ve haliyle ikincil bir mağduriyet yaşaması anlamına gelecektir. İşte bu nedenle kanun, CMK m. 128 gereğince elkonulan eşyanın veya malvarlığı değerinin *mağdura* iadesine olanak tanımıştır.

Bu maddeye göre iade kararı verilebilmesinin üç şartı söz konusudur:

Evvela, söz konusu *eşya veya malvarlığı değerinin iadesi mümkün olmalıdır*. Bu husus maddede açıkça öngörülmesi de elkoyma kurumunun amaç ve sonuçlarından çıkarılabilir durumdadır. Bu çerçevede CMK m. 128’e göre elkonulan ve adli emanette muhafaza edilen eşyanın ve malvarlığı değerinin, örneğin kıymetli evrakın (CMK m. 128/1-e) mağdura iadesi olanaklıdır. Buna karşılık elkoymanın yalnızca sicile şerh yoluyla yapıldığı *taşınmazlar* ile *ulaşım araçları* (CMK m. 128/1- a, b) yönünden aynı durumdan söz edilmesi mümkün değildir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere elkoyma, netice itibarıyla mülkiyet hakkının kullanılmasını da kısıtlayarak eşyanın mülkiyetinin kime ait olacağı yönünde bir sonuç doğurmaz; eşya elkoyma işleminden önce

¹⁰³ Bkz. ve krş. Soyaslan, s. 310.

kime aitse elkoyma sonrası da onun mülkiyetinde kalmaya devam eder. Dolayısıyla eşyanın iadesi kararı da mülkiyet açısından bir sonuç doğurmayacaktır; eşya veya malvarlığı değerinin mağdura iadesi, yalnızca eşyalar açısından adli makamların sahip olduğu zilyetliğin veya haklar açısından talep yetkisinin mağdura devredilmesi şeklinde gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla sicil zilyetliğinin mevzu bahis olduğu tapu siciline kayıtlı taşınmazlar ve yine sicile kayıtlı ulaşım araçları yönünden, elkoyma ile birlikte yalnızca bu zilyetlik sınırlandırılmakta olduğundan ve fakat bu zilyetlik dahi devlete geçmediğinden,¹⁰⁴ esasen bu eşyaların mağdura iadesinden bahsetmek de söz konusu olmayacaktır. Bu çerçevede iade işlemiyle, taşınmazın mevcut tapu sicilindeki mülkiyet kaydının iptali ile mağdur adına tescili yahut ulaşım aracının benzer şekilde tescil kaydında değişiklik yapılması mümkün değildir. Eğer bunlar üzerinde CMK m.123 gereğince aynı zamanda fiili elkoyma da söz konusu ise fer' i eşya zilyetliklerinin mağdura devrinden söz edilebilir ancak belirttiğimiz şekilde iade işlemi ile mağdur adına tescilleri yani sicil zilyetliklerinin mağdura geçirilmesi olanaklı değildir. Bu nedenle örneğin adına kayıtlı taşınmazı tehditle başkasına devretmek zorunda bırakılan mağdur, bu yağma suçu ile ilgili başlatılan soruşturma veya kovuşturmada CMK m. 131 hükmüne dayanarak halihazırda mevcut tapu kaydının iptali ile taşınmazın yeniden kendi adına tescili isteminde bulunamayacaktır. Aynı hukuki durum ortaklık payları için de geçerlidir.

İkinci olarak *elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin, suçtan zarar gören mağdura ait olması* gereklidir. Esasen CMK m. 128'e göre eşya ve malvarlığı değerlerine el konulabilmesi için bunların şüpheli veya sanığa ait olması gerekir.¹⁰⁵ Ancak bu malvarlığı değerleri, öncesinde mağdura ait iken suçun işlenmesi suretiyle şüpheli veya sanığın uhdesine geçmiş olabilir. İşte bu durumun anlaşılması halinde kanunun aradığı bu şartın gerçekleştiği kabul edilecektir.¹⁰⁶ Bu çerçevede

¹⁰⁴ Şahin/Göktürk, I, s. 352.

¹⁰⁵ Ünver/Hakeri, s. 415; Şahin/Göktürk, I, s. 361; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 381; Aydın, s. 180.

¹⁰⁶ Toroslu/Feyzioğlu ise bu fıkraya bir anlam vermenin mümkün olmadığını zira burada atf yapılan 128. madde çerçevesinde elkoymanın konusunu teşkil eden malvarlığı değerlerinin delil olmadığı gibi kural olarak suçtan zarar görene de ait olamayacağını belirtmişlerdir. Bkz. Toroslu/Feyzioğlu, s. 294. Bu görüşün aksi yönde görüş için bkz. Şen/Eryıldız, s.169.

eşyanın iadesinden söz edilebilmesi için soruşturma veya kovuşturmaya konu fiilin işlenmesinden evvel söz konusu malvarlığı değeri mağdura ait olmalıdır. Bu eşyanın veya malvarlığı değerinin zilyetliğinin veya alacak hakkının şüpheli, sanık veya üçüncü kişilere ne suretle geçtiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Bu kişiler malvarlığı değerini, zilyedin rızası olmadan *aslen iktisap etmiş* (örneğin hırsızlık, yağma vb. yoluyla) veya zilyedin görünüşte rızası ile *devren iktisap etmiş* (örneğin dolandırıcılık, irtikap vb. yoluyla) olabilir.¹⁰⁷ Ancak bu iktisap türünün iade kararı verilmesi noktasında bir etkisi bulunmamaktadır.

Son olarak bu malvarlığı değerlerine *delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması* da gerekmektedir.¹⁰⁸ Eğer dosyanın durumuna göre eşya veya malvarlığı değerine delil olarak ihtiyaç söz konusu ise bu değer iadeye konu edilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle bu hükme göre eşyanın ilgisine teslim edilebilmesi için söz konusu eşyanın veya malvarlığı değerinin soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılmasına artık gerek olmadığı hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılmış olmalıdır. Bu nedenle eşyanın delil olarak fonksiyon arz etme niteliği olduğu müddetçe bu fıkraya göre iade işlemine konu edilebilmesi mümkün değildir. Buna karşılık suça konu fiilin ispatlanması açısından malvarlığı değerlerinin aynına ihtiyaç bulunmaması halinde bu şartın gerçekleştiği kabul edilecektir. Örneğin banka kayıtları bir dolandırıcılık fiilinin ispatı açısından kâfi ise banka hesabındaki paranın iadeye konu olması mümkündür.

C. İade Usulü

1. Elkonulan Eşyanın veya Malvarlığı Değerlerinin Cumhuriyet Savcısınca İadesi

CMK m. 131 gereğince eşyanın iadesi açısından kanun koyucu, soruşturma aşamasında asıl olarak iadenin bir tali ceza uyuşmazlığına konu olmaması esasını kabul etmiş ve Cumhuriyet savcısınca da iadeye karar verilebileceğini öngörmüştür.¹⁰⁹ Buna göre “*şüpheliye, (...)*

¹⁰⁷ Kavramlar için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 57 vd.; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 134 vd.; Ayan, s. 87 vd.

¹⁰⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s. 421.

¹⁰⁹ Aynı usul İtCMK’da da yer almaktadır. İtCMK m. 263/4-5’e göre “Önsoruşturma aşamasında savcı, elkonulan eşyanın iadesine gerekçeli kararname ile karar vere-

veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, (...) re 'sen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı (...) tarafından karar" verilebilecektir.¹¹⁰ CMK m. 128'e göre elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin iadesi açısından CMK m. 131/2 yetkili mercii belirtmemiş ise de iki fıkra arasındaki sistematik ilişkiden yola çıkarak, CMK m. 131/1'in, kendisinden sonra gelen fıkra yönünden de yetkili mercii belirlediğini ifade etmemiz gerekmektedir. Bu açıdan CMK m. 128'e göre elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde bunların sahibine iadesi yönünden de Cumhuriyet savcısı yetkili olacaktır.¹¹¹ Bu kararlar, talep üzerine olabileceği gibi herhangi bir talep

bilir. İlgililer savcının iadeye veya bu husustaki talebin reddine yönelik kararına itiraz edebilirler. Bu itiraz hakkında hâkim 127. maddeye göre karar verir". Buna göre ön soruşturmada eşyanın iadesine karar verme yetkisi savcıdadır (Bernasconi, s. 307; Ruggeri/Maggio, s. 802; Lattanzi/Lupo/Nappi, s. 852; Barbuto/Luerti/Pilla/Spina, s. 176). Savcı, eşyanın artık delil olarak muhafazasına ihtiyaç olmadığı kanaatinde ise talebi gerekçeli kararname ile kabul eder, aksi halde reddeder (Tonini, s. 375; Cordero, s. 843; Ruggeri/Maggio, s. 802; Lattanzi/Lupo/Nappi, s. 852). Savcının bu kararına ya da bu husustaki talebin reddi kararına karşı ilgililer hâkimden bir karar vermesini isteyebilecektir. Bu halde hâkim, 127. madde çerçevesinde bir duruşma açarak ilgilileri dinlemek suretiyle bir karar verecektir (Lattanzi/Lupo/Nappi, s. 853; Grilli, s. 488; Garofoli, s. 238). Savcı da örneğin delil amaçlı elkoyma için sebepler ortadan kalkmış olsa bile eşya üzerinde önleyici elkoyma veya ihtiyati elkoyma tedbirlerinin (bkz. yuk. Dipnot 4) uygulanması gerektiği iddiasında ise hâkimden bu yönde bir elkoyma kararı vermesini isteyebilir (İt. CMK m. 262/2). Bkz. Ruggeri/Maggio, s. 803; Bernasconi, s. 308. Bu talebin kabulü ve "Hâkimin, 321. maddeye göre karar vermesi halinde eşyalar iade edilmez ve önleyici amaçla muhafaza altında tutulur" (İt. CMK m. 262/3). Bu halde elkoyma tedbirinin uygulanmasına, nev'i dönüştürülerek devam edilmiş olur (Tonini, s. 375; Bernasconi, s. 308). Buna göre örneğin eşyaya delil olarak ihtiyaç olmasa bile müsadere edilmesi mümkünse, delil olarak elkoyma, hâkim kararıyla önleyici elkoymaya dönüşebilir (Lattanzi/Lupo/Nappi, s. 847; Bernasconi, s. 308). Ancak burada 262/1 hükmünün kural, 262/2 ve 3 hükümlerinin ise istisna niteliği taşıdığı, bu nedenle dönüştürme yönünde bir talebin vaki olmasının şart olduğu ve kendisine dönüştürülmesi istenen elkoyma türüne ilişkin kanunda öngörülen koşulların somut olayda gerçekleşmiş olup olmadığının hâkim tarafından inceleneceği vurgulanmıştır (Grilli, s. 486).

¹¹⁰ Şahin/Göktürk'e göre kanunda Cumhuriyet savcısının zikredilmesi "mülkiyet hakkına saygının bir gereği olarak, kişilerin soruşturma evresinde malvarlıklarına bir an önce ve daha seri bir şekilde kavuşmalarını sağlamak amaçlıdır. Bu amaç ancak, Cumhuriyet savcısının iade yönünde bir karar vermesi halinde gerçekleşebilecektir" Şahin/Göktürk, I, s. 359.

¹¹¹ Aynı durum aşağıda inceleyeceğimiz iade davası için de geçerlidir. Bu nedenle CMK m. 131/2'ye göre vaki olan mağdura iade talepleri gerek Cumhuriyet savcısınca iade gerekse de iade davası açısından usul yönünden CMK m. 131/1'e tabidir.

vaki olmaksızın re'sen de iadeye karar verilebilmesi mümkündür.¹¹² Kanunda Cumhuriyet savcısı açısından kullanılan “karar” ifadesi ile kastedilen, ceza muhakemesinde ceza uyuşmazlıkları açısından söz konusu olabilecek teknik anlamdaki karar değildir.¹¹³ Nitekim Cumhuriyet savcısının talebi ile elkoyma kararı verilmekte veya bu yöndeki işlem onaylanmakta olup bu işlemin icrasından sonra ve fakat henüz soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının, artık eşyanın iadesinin gerektiğini düşünmesi de elbette mümkündür. İşte bu halde re'sen veya talep üzerine Cumhuriyet savcısı eşyanın iadesi işlemi yapacaktır.¹¹⁴ Bu işlem, esasen eşyanın iadesi konusunda hâkim veya mahkeme tarafından çözümlenmesi gereken bir tali ceza uyuşmazlığının bulunmadığı, nitekim tarafların bu konuda mutabık kaldığı anlamına gelecektir. Bu nedenle eğer şüpheli, elkonulan malvarlığı değerinin kendisine iadesine karar verilmesini talep etmiş ve Cumhuriyet savcısı da buna uygun olarak eşyanın iadesi yönünde işlem yapmış ise bu işlem aslında bir taraf işlemi olup ortada bir hukuki uyuşmazlık söz konusu olmadığından, haliyle bu uyuşmazlığın çözümüne yönelik bir karardan da söz edilemeyecektir. Elbette bu işlem ancak soruşturma aşamasında söz konusu olabilecektir; kovuşturma aşamasında artık bir ceza davası söz konusu olduğu için iade, ancak asli ceza davası ile birlikte görülüp karara bağlanacak tali bir ceza davasının konusu olabilir.¹¹⁵

İadenin talep edilmesi ve fakat buna uygun işlem yapılmaması halinde talep eden ile Cumhuriyet savcısı arasında bir uyuşmazlık doğacak olup işte bu ihtimali öngören kanun koyucu “*istemin reddi kararlarına itiraz edilebilir*” (CMK m. 131/1) hükmüne yer vermiştir.¹¹⁶ Ancak

¹¹² Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 375; Yaşar, s. 667.

¹¹³ Krş. Yenisey/Nuhoğlu, s. 421; Gökçen, s. 191. Karar, teknik olarak bir ceza uyuşmazlığının çözümü açısından yargılama makamı tarafından verilir. Bu uyuşmazlık, asli bir ceza uyuşmazlığı olabileceği gibi tali bir ceza uyuşmazlığı da olabilir. Cumhuriyet savcısı ise hiçbir durumda bir ceza uyuşmazlığını çözen yargılama makamı konumunda olamayacağından teknik anlamda Cumhuriyet savcısı tarafından verilen bir “karar”dan söz edilemez. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar da teknik anlamda bir karar değil bir taraf işlemidir. Bu konuda bkz. Kunter, s. 315; Toroslu/Feyzioğlu, s. 184; Okuyucu Ergün, s.72 vd.

¹¹⁴ Yaşar, s.667.

¹¹⁵ Asli ve tali ceza davası kavramları için bkz. Kunter, s. 478-479; Ünver/Hakeri, s. 72.

¹¹⁶ Yukarıda da belirttiğimiz gibi İtCMK m. 263/5'e göre “İlgililer savcının iadeye veya bu husustaki talebin reddine yönelik kararına itiraz edebilirler. Bu itiraz hak-

yukarıda da belirttiğimiz üzere Cumhuriyet savcısının iadeye yönelik işlemi teknik anlamda bir *karar* mahiyetinde olmadığından CMK m. 267 vd. hükümlerine göre itiraz kanun yoluna tabi olması da mümkün değildir.¹¹⁷ Bu nedenle gerçekte burada bir taraf işlemine karşı *tali ceza davası açılması* öngörülmüştür.¹¹⁸ Buna göre Cumhuriyet savcısı tarafından iade talebi uygun görülerek, eşyanın iadesi yönünde işlem yapılmış ise bunun bir tali ceza davasına konu edilebilmesi mümkün değildir; örneğin mağdura iade edilen eşya için şüpheli, Cumhuriyet savcısı işlemine karşı elkonulan eşyanın kendisine iadesi istemiyle sulh ceza hâkimine başvuramaz. Zira bu ihtimalde bir ceza uyuşmazlığı değil şüpheli ile mağdur arasında, eşyanın zilyetliği konusunda hukuk mahkemelerinde çözülebilecek bir hukuk uyuşmazlığı mevzu bahis olacaktır ve eşya üzerinde hak iddia eden taraf her zaman hukuk mahkemesinde bu konuda dava açabilecektir. Buna karşılık eşyanın iadesi yönündeki talebin geri çevrilmesi halinde artık talep sahibi ile Cumhuriyet savcısı arasında hâkim tarafından çözülmesi gereken tali bir ceza uyuşmazlığı mevzu bahis olacağından, talebi geri çevrilen kimseler, sulh ceza hâkimine başvurarak aşağıda inceleyeceğimiz *elkonulan eşya ve malvarlığı değerlerinin iadesi davası* açabileceklerdir.¹¹⁹

kında hâkim 127. maddeye göre karar verir". Buna göre ilgililer, savcının 263/4'e göre verdiği karara karşı hâkime başvurabileceklerdir. Haliyle bizdekinden farklı olarak sadece ret kararlarına değil iade kararlarına karşı da hâkime başvurulabilmesi olanaklıdır. Cordero, s. 843. Bu halde hâkim duruşma açarak tarafları dinleyecek ve başvuru konusunda bir karar verecektir. Ruggeri/Maggio, s. 814.

¹¹⁷ Benzer şekilde CMK m. 173'de Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara "itiraz" edilebileceği belirtilmiş ise de doktrinde bunun teknik anlamda bir itiraz değil bir tali ceza davası olduğu, zira Cumhuriyet savcısının bir yargılama makamı olmadığı ve yaptığı işlemin teknik anlamda bir karar mahiyetinde olmadığı belirtilmiştir. Bkz. Kunter, s. 512; Yenisey/Nuhoğlu, s. 682-683; Centel/Zafer, s. 606; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 565.

¹¹⁸ Bkz. ve krş. Centel/Zafer, s. 483.

¹¹⁹ Koşulları oluşmasına rağmen eşyanın iade edilmemesi Devlet açısından tazminat sorumluluğunu doğuracaktır. Nitekim CMK m. 141/1-j'ye göre "Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında (...) Eşyası (...) zamanında geri verilmeyen, kişiler, maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler". YCGK, 11.3.2021 Tarih ve 2017/18 E, 2021/100 K: "(...), el koyma amacının ortadan kalkması hâlinde, makul derecede ivedilikle el konulmuş eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin ilgisine iadesi gerekmektedir. Aksi halde Devletin tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır", <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Çevrimiçi), 23.8.2021.

2. Elkonulan Eşya veya Malvarlığı Değerlerinin İadesi Davası

a. Genel Olarak

Yukarıda belirttiğimiz üzere Kanun, soruşturma aşamasında iade için Cumhuriyet savcısından veya hâkimden talepte bulunulabilmesine olanak tanımıştır.¹²⁰ Kovuşturma aşamasında ise söz konusu talep artık yalnızca mahkemeden yapılabilecektir.¹²¹ İşte hâkimden veya mahkemeden iade konusunda bir talepte bulunulması halinde esasen ortada bir *eşyanın iade davası* söz konusu olacak ve hâkim veya mahkeme, bu tali ceza davası çerçevesinde iade konusundaki uyumsuzluğu çözecektir.¹²² Bir başka ifadeyle CMK m. 131/1'e göre şüpheli, sanık veya üçüncü kişiler ile CMK m. 131/2'ye göre mağdur, iade konusunda soruşturma aşamasında sulh ceza hâkiminden ve kovuşturma aşamasında mahkemeden bir talepte bulunmuş ise artık tali bir ceza davası söz konusu olacak ve bir yargılama ile bu davaya konu uyumsuzluk çözülecektir.

Bunun yanında yukarıda belirttiğimiz gibi soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından iade talebinin reddi yönündeki işlemler aleyhine de ilgililerce iade davası açılabilmesi mümkündür. Buna göre örneğin mağdur soruşturma aşamasında el konulan malvarlığı değerlerinin iadesini evvela Cumhuriyet savcısından isteyebileceği gibi doğrudan hâkimden bu konuda bir karar vermesini de isteyebilir ki bu

¹²⁰ Şahin/Göktürk, I, s. 358; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 375; Parlar, s. 346. Krş. Yenisey/Nuhoğlu, s. 421; Toroslu/Feyzioğlu, s. 293. İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yukarıda belirttiğimiz gibi soruşturma aşamasında iade konusunda savcının karar verebileceği kabul edilmiştir. Bu düzenleme karşısında doktrinde ve uygulamada, bu hususta doğrudan hâkime başvurulup başvurulmayacağı tartışılmıştır. Uygulamada bazı kararlarda doğrudan hâkime başvurulması halinde hâkimin verdiği iade kararının hukuka uygun olduğu kabul edilirken diğer bazı kararlarda hâkimin bu hususta bir yetkiye sahip olmadığı belirtilerek hâkimlik kararları hukuka aykırı bulunmuştur. Tartışmalar ve ilgili kararlar için bkz. Ruggeri/Maggio, s. 803.

¹²¹ Yaşar, s.667. Şüphesiz bu durum İtCMK için de geçerlidir. Nitekim İtCMK m. 263'e göre "Aidiyeti konusunda şüphe bulunmayan eşya hâkimin emriyle iade edilir." Bkz. Lattanzi/Lupo/Nappi, s. 854; Barbuto/Luerti/Pilla/Spina, s. 176; Cordero, s. 843; Bernasconi, s.307.

¹²² Krş. Gökçen, s. 161-162. Burada "uyumsuzluk" ile kastedilen, Cumhuriyet savcısının mutlaka iade talebine muhalif olması değildir. Cumhuriyet savcısı, hâkime yöneltilen iade talebi hususunda olumlu mütalaa da verebilir. Ancak hâkim tarafından ceza muhakemesi normları çerçevesinde bir karar verilmesi gereken iki çelişik ihtimalin bulunması, burada tali de olsa bir ceza uyumsuzluğunun söz konusu olduğunun ifade edilebilmesi için kafidir. Bkz. Kunter, s. 83.

halde artık bir tali ceza davası niteliğindeki iade davası söz konusu olacaktır.¹²³ Bunun yanında mağdurun eğer birinci olasılıkta talebi kabul edilmez ise bu işlem aleyhine hâkime başvurması da mümkündür ve bu halde de yine aynı şekilde iade davası söz konusu olacaktır. Nitekim Kanunda her ne kadar Cumhuriyet savcısının kararı aleyhine “itiraz” edilebileceği belirtilmiş ise de burada teknik anlamda bir itirazdan değil¹²⁴ Cumhuriyet savcısı işlemine karşı iade davası açılmasından bahsetmek gerekmektedir. Hatta bu nedendir ki bu dava yani Kanunun tabiriyle itiraz, CMK m. 268’deki süreye de tabi değildir. CMK m. 131/2’de ayrı bir süre de öngörülmediğinden bizce talepte bulunan, Cumhuriyet savcısının bu işlemine karşı, asıl ceza davası açılıncaya kadar her zaman iade davası açabilir. Yukarıda belirttiğimiz ikinci olasılıkta ise zaten doğrudan iade davası açılmış olacaktır.

Kovuşturma aşamasında ise iade talebi asıl ceza davasının yanında bir tali ceza davası mahiyetinde olacağından, bu tali dava asıl ceza davasına bakan mahkemede açılacak yani asıl davaya bakan mahkemenin talepte bulunulacaktır. Kovuşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının iade işlemi yapması mümkün olmayacağından bunun iade davasına konu edilmesi de mümkün değildir; böyle bir işlem tümüyle *yok hükmünde* olacaktır.¹²⁵

b. Yargılama ve Karar

İade davası açılması halinde hâkim veya mahkeme tarafından genel hükümlere göre iade yargılaması yapılacaktır. Bu yargılama ko-

¹²³ Şahin/Göktürk, I, s. 359; Şen/Eryıldız, s. 99. Bizatihi Cumhuriyet savcısından iade yönünde bir talepte bulunulmuş olması halinde Cumhuriyet savcısının, bu hususta kendisi bir karar vermeyerek, sulh ceza hâkiminden karar vermesini istemesi mümkün değildir. Kanun, Cumhuriyet savcısını da iadeye yetkili mercilerden biri olarak saymıştır ve teorik olarak yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle olağan olarak iade işlemi yapması gereken de bizce bizatihi Cumhuriyet savcısıdır. Bu nedenle kendisine iade talebiyle başvuru Cumhuriyet savcısı, eğer talebin yerinde olmadığı kanaatinde ise bu talebi reddetmeli ve talepte bulunan kimse bu ret kararına karşı sulh ceza hâkimliğinde iade davası açabilmelidir. Bkz. Aydın, s. 213.

¹²⁴ Aynı yönde bkz. Şahin/Göktürk, I, s. 359; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 375; Parlar, s. 346. Bunun kendine has bir düzenleme olduğu ve usul bakımından CMK m. 267 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Özen, s. 758.

¹²⁵ Muhakeme işlemleri açısından yokluk yaptırımı için bkz. Kunter, s. 326; Yenisey/Nuhoğlu, s. 137-138; Toroslu/Feyzioğlu, s. 194-195; Centel/Zafer, s. 761; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 295-296; Şahin/Göktürk, II, s. 236; Okuyucu Ergün, s. 127 vd.

vuşturma aşamasında duruşma sırasında veya soruşturma ya da kovuşturma aşamasında duruşma dışında dosya üzerinden yapılabilir. Birinci halde Cumhuriyet savcısı, duruşmada hazır bulunan müdafî, vekil ve diğer ilgililer dinlendikten; ikinci halde ise Cumhuriyet savcısının yazılı veya sözlü görüşü alındıktan sonra karar verilecektir. Kanun, soruşturma aşamasında talepte bulunan veya üçüncü kişilerin dinlenmesinden söz etmemiş ise de uyuşmazlığın çözümü açısından gerekmesi halinde hâkim tarafından bu kimselerin çağrılarak dinlenmesine bir engel söz konusu değildir. Yine iade yargılaması açısından gerekmesi halinde hâkim veya mahkemenin tanık dinlemesi, keşif ve muayene yapması ve bilirkişi incelemesi yaptırması da mümkündür.¹²⁶

İade davasında uyuşmazlık, iade koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği etrafında toplandığından, hâkim veya mahkemece¹²⁷ bu koşullar yönünden bir inceleme yapılacaktır. Bu incelenme noktasında ceza uyuşmazlığı ile bağlantılı ve fakat hukuki mahiyette uyuşmazlıklar da söz konusu olabilecektir. Nitekim CMK m.131 gereğince iadeye karar verilebilmesi için eşyanın *şüpheli, sanık veya üçüncü kişilere ait olması*, keza CMK m. 128 gereğince elkonulan eşya veya malvarlığı değerlerinin CMK m.131/2 gereğince mağdura iade edilebilmesi için bunların, *suçtan zarar gören mağdura ait olması* gereklidir.¹²⁸ Oysa eşyanın aidiyeti meselesi somut olayda bir özel hukuk uyuşmazlığına da sebebiyet verebilir. Bu ihtimalde bizce ortada bir *karişık bağlantı* söz konusu olduğundan CMK m. 218'e göre uygulama yapılması gerekmektedir.¹²⁹ Anılan maddeye göre "*Yüklenen suçun ispatı, ceza mahke-*

¹²⁶ İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda iade konusunda Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlara karşı iade davası açıldığında, hâkimin 127. maddeye göre duruşma açarak tarafları dinlemek suretiyle karar verebileceği hükme bağlanmıştır (İtCMK m. 263/5). Bu durumda hâkim mutlaka duruşma açacak ve ilgilileri davet ederek dinleyecektir. Bkz. Cordero, s. 843; Ruggeri/Maggio, s. 806, 814 vd.; Lattanzi/Lupo/Nappi, s. 853; Grilli, s. 488. Eğer eşya üçüncü kişinin yedindeyken elkonulmuş ise bu kimse dinlenmedikçe elkonulan eşyanın iadesi konusunda bir karar verilemeyeceği de açıkça hükme bağlanmıştır (İtCMK m. 263/2). Bkz. Cordero, s. 843; Lattanzi/Lupo/Nappi, s. 853; Grilli, s. 488.

¹²⁷ İadeye kanun yolu aşamasında kanunyolu mahkemesince de karar verilebileceği, esasen sanığın re'sen tahliyesine karar veren Yargıtay'ın mala taalluk eden iade kararı veremeyeceğini kabule imkân olmadığı yönünde bkz. Erem, s. 470.

¹²⁸ Aynı yönde bkz. Yaşar, s. 667. Ünver/Hakeri ise elkonulan veya muhafaza altına alınan eşyanın kimden teslim alınmış ise ona iade edileceğini, bu bir özel hukuk davası olmadığından maliklik değerlendirmesi yapılamayacağını ileri sürmektedirler. Bkz. Ünver/Hakeri, s. 419; aynı yönde bkz. Orhan, s. 160.

¹²⁹ Gedik, mahkemenin mülkiyet konusunda bir çekişme veya itiraz varsa eşyanın kime ait olduğunu araştırması ve sonucuna göre bir karar vermesi gerektiğini be-

melerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu Kanun hükümlerine göre karar verebilir. Ancak, bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilir". Görüleceği üzere bu madde yalnızca kovuşturma aşamasında ve yine yalnızca yüklenen suçun ispatı ile ilgili olarak uygulanabilecek mahiyettedir.¹³⁰ Ancak sınırlayıcı bir hüküm veya bir istisna hükmü olmadığından kıyas yoluyla iade yargılamasında tatbikine bir engel söz konusu değildir. Buna göre eğer eşyanın talep sahibine ya da talep sahiplerinden birine aidiyeti hususunda bir uyuşmazlık vaki olursa hâkim veya mahkeme, iade koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında çözülmesi gereken bu hukuki uyuşmazlığı kendisi çözebileceği gibi¹³¹ bu uyuşmazlık açısından görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı da verebilir.¹³² Söz konusu uyuşmazlığı CMK

lırtmaktadır. Bkz. Gedik, s. 81.

¹³⁰ Nispi muhakeme yapma ve bekletici sorun sayma kavramları için bkz. Kunter, s. 188 vd.; Yenisey/Nuhoğlu, s. 154 vd.; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemmin/Tok, s. 211 vd.; Centel/Zafer, s. 717 vd.

¹³¹ Üçüncü şahısların eşya üzerinde hak iddia etmesi halinde eşyanın doğrudan mağdura iade edilmeyeceği yönünde bkz. Gökçen, s. 162; Parlar, s.346. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında eğer eşyanın aidiyeti konusunda bir uyuşmazlık varsa hak sahibi olduğu iddia edilen kişinin aidiyete ilişkin uyuşmazlığın çözümü için hukuk mahkemelerine başvurması gerektiği görüşünü dile getirmiştir. Nitekim YCGK'ya göre "(...) Bu hükümler uyarınca iade kararı verilebilmesi için, eşya ya da malvarlığı değerlerinin müsadereye tabi tutulamayacak olması ve aidiyetleri hususunda da herhangi bir kuşku bulunmaması gerekir. Aidiyetin ihtilafli olduğu durumlarda ise hak sahibi olduğunu iddia eden kişi, aidiyete ilişkin uyuşmazlığın çözümü için hukuk mahkemelerine başvurmalıdır. Çünkü, ceza mahkemelerinin, elkonulan ancak müsaderesine tabi tutulmayacağı anlaşılan ve üzerinde hak iddia edilen eşya ya da malvarlığı değerlerinin aidiyeti hususundaki ihtilafı çözecek şekilde karar verme görevleri bulunmamaktadır" YCGK 17.1.2017 Tarih ve 2014/312 E, 2017/11 K sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Çevrimiçi), 23.8.2021.

¹³² İtCMK sisteminde ise kural olarak ancak mülkiyeti konusunda ihtilaf bulunmayan eşyanın iadeye konu olabilmesi olanaklıdır. Eğer bu hususta bir ihtilaf varsa ceza mahkemesi, bu ihtilafın çözümünü yetkili ilk derece hukuk mahkemesine havale edecek ve buradan bir karar çıkana kadar eşyanın muhafazasını emreder (İtCMK m. 263/3). Bkz. Tonini, s. 375-376; Bernasconi, s. 307; Ruggeri/Maggio, s. 805-806; Lattanzi/Lupo/Nappi, s. 854; Barbuto/Luerti/Pilla/Spina, s. 176. Bu açıdan ceza mahkemesinin eşyanın aitliği konusunda ortaya çıkabilecek bir hukuki uyuşmazlığı çözmek gibi bir görevi söz konusu değildir. Ruggeri/Maggio, s. 805; Grilli, s. 488, dipnot 140. Buradaki uyuşmazlığın sadece aidiyet ile de sınırlı olarak görülmemesi gerektiği ve örneğin finansal kiralama gibi iddiaların

m.218'in kıyasen uygulanması yoluyla ilgili kanun hükümlerine göre ceza hâkiminin/mahkemesinin çözmesi halinde kararın bu husustaki kısmı eşyanın mülkiyeti hususunda kesin bir hüküm mahiyetinde olmadığından, ilgililer hukuk mahkemesinde bu konuda bir dava açabileceklerdir.¹³³

İade yargılaması açısından mevcut veya toplanan delillere göre iade koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği incelenerek iade konusundan bir karar verilir. Hâkim veya mahkeme, yapacağı bu inceleme sonucunda eşyanın iadesine veya talebin reddine karar verecektir. Ancak kanun eşyanın iadesine “re’sen” de karar verilebileceğini *öngördüğünden hâkim veya mahkeme, talep sahibine ve haliyle huzurdaki uyuşmazlığın dışında bir kimseye iade yönünde de karar verebilir*. Buna göre örneğin şüpheli, eşyanın kendisine iadesine karar verilmesini talep etmiş ise de sulh ceza hâkimi, eşyanın iadesine dair diğer koşullar gerçekleşmiş olsa bile eşyanın şüpheliye değil de mağdura ait olduğu sonucuna varırsa, şüphelinin talebinin reddiyle birlikte eşyanın mağdura iadesine de karar verebilir.¹³⁴

dile getirildiği ve buna bağlı bir uyuşmazlığın söz konusu olduğu hallerde de bu hükmün uygulanması gerektiği de belirtilmiştir. Bkz. Cordero, s. 843.

¹³³ Yenisey/Nuhoğlu, s. 421; Şen/Eryıldız, s. 100; Gedik, s. 81; Yaşar, s.667; Orhan, s. 160. CMK m. 131 gerekçesinde de “İlgililer, eşyanın geri verilmesi için hukuk davası da açabileceklerdir” denilmektedir. Nitekim Y17HD’nin bir kararına yansıyan olayda “...davaçıların sanıklar tarafından gasp edilen ve adli emanette bulunan paralardan 30.000,00 TL’nin kendilerine ait olduğunun tespiti ve iadesi için asliye hukuk mahkemesine dava açtığı” görülmektedir. Karardan anlaşıldığı üzere asliye hukuk mahkemesi, davanın koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası mahiyetinde olduğunu düşünerek görevsizlik ile davayı ağır ceza mahkemesine göndermiş, ağır ceza mahkemesi ise talebin CMK’nun 141/1-j maddesi kapsamında kalmadığı gerekçesiyle karşı görevsizlik kararı vermiş, Y17. HD ise istemin CMK m. 131 kapsamında olduğu zira anılan madde gerekçesinde “İlgililer, eşyanın geri verilmesi için hukuk davası da açabileceklerdir” düzenlemesine yer verildiği gerekçesiyle uyuşmazlığa bakma görevinin asliye hukuk mahkemesine ait olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. Y17HD., 28.2.2013 tarih ve 2013/376 E, 2013/2513 K sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Çevrimichi), 20.8.2021.

¹³⁴ YCGK’nın aşağıda da zikredilen (bkz. aşağıda dipnot 136) bir kararında, Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı bir davada, eski Yargıtay üyesi olan sanığın kullanımında iken el konulan bilgisayarın Yargıtay Başkanlığı’na üyelerin kullanımlarına tahsis edilen eşya niteliğinde olduğu gerekçesi ile sanığın bilgisayarın kendisine iadesi yönündeki talebini reddettiği ve eşyanın Yargıtay Başkanlığı’na iadesine karar verdiği anlaşılmaktadır. Kararda bu hususla ilgili olarak “söz konusu eşyanın Yargıtay eski üyesi olan sanığa çalıştığı kurum olan Yargıtay Başkanlığı’na görevi nedeniyle tahsis edilmesi, ilk derece mahkemesi sıfatıyla yargılama yapan Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin aidiyet

c. Kanun Yolu

Eşyanın iadesi yargılaması sonucunda verilen kabul kararlarına yani eşyanın talepte bulunan kimseye iadesine ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilmesi olanaklı değildir; bu kararlar verildiği anda kesindir.¹³⁵ Yukarıda da belirttiğimiz üzere bir başka kişi bu iade kararının hukuka aykırı olduğunu ve örneğin eşyanın kendisine ait olduğunu iddia etmekte ise artık bu iddiasını yalnızca hukuk mahkemesinde dava açarak ileri sürebilecektir. Buna karşılık iade davası sonucunda verilen “*istemin reddi kararlarına itiraz edilebilir*” (CMK m. 131/1). Buna göre sadece hâkim kararları değil kovuşturma aşamasındaki mahkemenin bu yöndeki kararları da itiraza tabidir.¹³⁶ İtiraz üzerine verilen karar ise kesindir (CMK m. 271/4).

D. İadenin Gerçekleştirilmesi ve Sonuçları

Cumhuriyet savcısı tarafından eşyanın iadesi yönünde işlem yapılması veya hâkim yahut mahkemece iade kararı verilip bu kararın kesinleşmesi halinde Cumhuriyet savcılığınca bu işlem veya karar örneği suç eşyasının iadesi ya da elden çıkarılmasını temin amacıyla emanet bürosuna gönderilecektir (SEYön. m. 17). İade, eşyanın kendisine iadesine karar verilen kimseye yapılacaktır. Bu eşya, kimliğini

durumu gözetilerek mevzuat çerçevesinde değerlendirilme yapılması için Yargıtay Başkanlığı'na iadesine karar...” verildiği belirtilmektedir. Ancak bu kararın temyize değil de itiraza tabi olması nedeniyle YCGK tarafından bu hususun inceleme konusu yapılmadığı anlaşılmaktadır. YCGK 22.9.2020 tarih ve 2019/353 E, 2020/367 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Çevrimiçi), 23.8.2021.

¹³⁵

¹³⁶

Şahin/Göktürk, I, s. 358; Şen/Eryıldız, s. 100; Parlar, s. 346.

Soyaslan, s. 309; Yaşar, s. 667. YCGK 22.9.2020 Tarih ve 2019/353 E, 2020/367 K: “Soruşturma aşamasında suç delili tespit edilebileceğinin değerlendirilmesi nedeniyle el konulan ancak üzerinde gerekli incelemeler yapılmasının ardından suç unsuru bulunmadığı belirlenen, hakkında herhangi bir müsadere talebi olmayan söz konusu bilgisayar ve sabit diskin, 5271 sayılı CMK’nın 131. maddesi uyarınca muhafazasına gerek kalmayan, bizzat suç konusu oluşturulmaması nedeniyle de müsadereye tabi tutulmayacağı anlaşılan eşya durumunda olduğunun, sanığın eşyanın kendisine teslimine ilişkin isteminin, eşya hakkında Yargıtay Başkanlığı’na iadesine karar verilmek suretiyle reddedildiğinin kabulü ile bu karar karşı başvurulacak yargı yolunun 5271 sayılı CMK’nın 131. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi uyarınca itiraz kanun yolu olduğu, bu nedenle sanığın itirazının Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nca incelenerek bir karar verilmesine yer olmadığına, 15.05.2019 tarihli itiraz dilekçesi ile ilgili gerekli inceleme yapıp karar verilmek üzere dosyanın ilk derece mahkemesi sıfatı ile yargılama yapan Yargıtay 9. Ceza Dairesi’ne gönderilmesine karar verilmiştir”, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Çevrimiçi), 23.8.2021.

ispatlamaya yeterli bir belgeye dayanılarak¹³⁷ kararda kendisine iade edileceği belirtilen kimseye, bu kimsenin yasal temsilcisine veya vekiline teslim ve tesellüm tutanağı ile Cumhuriyet savcısının huzurunda teslim olunur. Eğer elkonulan şey para niteliğinde ise ve daha evvelden bu para emanet memurunca SEYön. m. 14 gereğince bankaya yatırılmış ise paranın sahibine iadesi, ilgilinin müracaatı hâlinde Cumhuriyet Başsavcılığınca bu hususta bankaya yazılacak yazı üzerine banka tarafından yapılır (SEYön. m. 19).

CMK m. 123 veya m. 128 gereğince elkonulan “eşyanın” bu hükümlere göre iade edilmesi ile eşya üzerindeki dolaysız zilyetlik iade alan kimseye devredilmiş olur. Bu aşamadan itibaren artık eşya üzerinde adli makamların zilyetliğinden söz edilemez.¹³⁸ Eşyayı iade alan kimse malik ya da başka sıfatla eşyaya zilyet olmuş olabilir; bu durum eşya yanında iken elkonulan kimsenin zilyetlik statüsü açısından da sonuç doğuracaktır. Bu çerçevede örneğin şüphelideyken el konulan ve fakat mağdura iade edilen eşya açısından mağdur *malik sıfatıyla* ve *dolaysız zilyet* olacağından artık şüphelinin zilyetliği de ortadan kalkacaktır. Bunun sonucu olarak bu ihtimalde artık şüphelinin, zilyetliğin korunması hükümlerinden yararlanabilmesi de söz konusu olamayacaktır. Ancak şu hususa yeniden dikkat çekmemiz gerekir ki eşyaya el konulması eşyanın mülkiyeti yönünden bir sonuç doğurmadığı gibi eşyanın iadesi de mülkiyet yönünden bir sonuç doğurmaz. Bu nedenle örneğin mahkemece eşyanın mağdura ait olduğu gerekçesi ile ona

¹³⁷ Eşya eğer yabancı uyruklu bir kimseye ait ise müracaatı hâlinde kendisine veya uyruğu bulunduğu devletin sefaret veya konsolosluklarına gönderilir (SEYön. m. 18).

¹³⁸ Suç Eşyası Yönetmeliğine göre; iadesine karar verilmiş olup da usulüne uygun meşruhatlı tebligata rağmen sahipleri tarafından bir ay içinde alınmayan veya kendilerine tebligat yapılamayan kimselere ait eşya en geç iki ay içerisinde satılarak bedeli millî bankalardan birinde ilgilisi adına açılacak vadeli hesaba yatırılacaktır. Satışa karar verecek merci suç eşyasının bulunduğu yer sulh ceza hâkimidir. İadesine karar verilen eşyanın, sahibinin tespit edilememesi hâlinde Medeni Kanun’un bulunmuş eşyaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılır. Satılacak suç eşyasının değerinin, satış masraflarını karşılamayacağı belli olması hâlinde ise satışa karar veren hâkimin bu yönde vereceği karar üzerine eşyanın imhası işlemi yapılır. (SEYön. m. 21). İadesine karar verilmiş olup da sahibi ölmüş veya hakkında gaiplik kararı alınmış bulunanlara ait eşya, yetkili sulh hukuk hâkimine tevdi olunur (SEYön. m. 23). İadesine karar verilmiş olup da mahkeme kararı kendilerine tebliğ edildiği hâlde sahipleri tarafından süresi içerisinde alınmayan ve ekonomik değeri bulunmayan eşyanın, Cumhuriyet savcısı başkanlığında, emanet memuru ve bir zabıt kâtibinden oluşan komisyonca imhasına karar verilir (SEYön. m. 24).

iadesi, eşyanın mülkiyetinin mağdura ait olduğu yönünde kesin hüküm teşkil etmez. Bu nedenle diğer kişiler mülkiyete dayalı davaları, iade alan kimseye yöneltebilir¹³⁹ ve bu çerçevede örneğin iade alan kişiye karşı *taşınır davası* açabilirler. Bu çerçevede iade de elkoyma gibi yalnızca eşyanın zilyetliği açısından sonuç doğuracaktır. Yine bunun sonucu olarak tekraren belirtmemiz gerekir ki sicil zilyetliğinin mevzu bahis olduğu tapu siciline kayıtlı taşınmazlar ve yine sicile kayıtlı ulaşım araçları yönünden CMK m.128 ile sınırlı olarak tatbik edilen elkoyma ile birlikte yalnızca bu zilyetlik sınırlandırılmakta olduğundan ve fakat bu zilyetlik dahi devlete geçmediğinden, esasen bu eşyaların mağdura iadesinden bahsetmek de mümkün değildir. Dolayısıyla örneğin CMK m.131 kapsamında bir tapu kaydının iptali ile mağdur veya bir başkası adına tescili mümkün değildir.

CMK m.128 gereğince elkonulan hak ve alacakların mağdura iadesi halinde ise iade konusu hak veya alacağın çeşidine göre farklı sonuçlar gündeme gelecektir. Eğer malvarlığı değerleri üçüncü bir kişinin zilyetliğinde ve şüphelinin/sanığın yalnızca bir şahsi hakkı söz konusu ise üçüncü kişinin borcunu mağdura ifasına karar verilmesi ve bu durumun üçüncü kişiye bildirilmesi yeterli olacaktır. Örneğin şüpheliye ait banka mevduatına el konulması halinde bu mevduatın mağdura ödenmesi veya kiralık kasa mevcudunun mağdura teslimi yönünde bankaya müzekkere yazılması iade açısından kâfidir. Bu halde banka, karar gereği iadesine karar verilen miktarda para ya da kıymeti doğrudan mağdura teslim edecektir. Aynı durum üçüncü kişiler nezdindeki diğer alacaklar için de geçerlidir. Bu olasılıkta banka ya da üçüncü kişi, aksi yönde bir ihtiyati tedbir kararı söz konusu olmadıkça, iade kararı yönünde işlem yapmak zorundadır.

SONUÇ

Elkoyma koruma tedbiri diğer hak ve özgürlüklerle birlikte temelde mülkiyet hakkına bir müdahale niteliği taşımakla birlikte bu müdahalenin, elkonulan eşya ve malvarlığı değerleri açısından hukuki sonuçları, elkoymanın türüne göre farklılaşmaktadır. Bu hukuki sonuçlar, elkonulan eşya ve malvarlığı değerlerinin, şüpheli, sanık ve

¹³⁹ Bu dava öncesinde veya dava ile birlikte hukuk mahkemesinden eşyanın iadesini engellemek için ihtiyati tedbir kararı alınabilmesi mümkündür. Bu yönde bir tedbir alınmadığı müddetçe eşyanın iade kararında öngörüldüğü şekilde tesliminin engellenmesi olanaklı değildir. Erem, s. 469.

üçüncü kişilere hangi şartlarda ve ne suretle teslim ve iade edilecekleri ve hatta teslim ve iade kurumlarına konu olup olamayacaklarını da belirlemeleri açısından oldukça önemlidir. Ancak şurası kesindir ki geçici mahiyette bir tedbir olarak elkoyma, eşyanın mülkiyeti açısından bir değişikliğe sebebiyet vermemektedir. Bir başka ifade ile eşya, elkoymadan önce kimin mülkiyetinde ise elkoyma işlemi sonrasında da onun mülkiyetinde kalmaya devam etmektedir.

Elkoyma işleminin eşyalar açısından asıl sonuç doğurduğu hukuki kurum ise zilyetliktir. Nitekim elkoyma işlemiyle birlikte o ana kadar eşyanın zilyedi olan kimsenin fiili hakimiyetini kullanma olanağı ortadan kaldırılmakta ve eşya, adli makamların fiili hakimiyetine geçirilmektedir. Ancak bir koruma tedbiri olarak elkoyma da geçici nitelikte olup bu tedbirin kaldırılması ve en geç yargılamanın sonunda eşyanın zilyedine iadesine karar verilebilmesi olasılığı her zaman var olduğundan, elkoyma işlemi, -bu işlem neticesinde zilyet eşya üzerindeki fiili hakimiyetini kullanma imkanını çok uzun bir süre için kaybetse bile- yine de zilyetliği ortadan kaldıran mahiyette bir işlem değildir. Bu işlemle birlikte adli makamlar eşyanın dolaysız zilyedi olurken, eşya yedindeyken elkonulan kimse ise dolaylı zilyet olarak kalmaya devam edecektir.

Taşınmaz ve ulaşım araçları ile ortaklık paylarına CMK m.128 gereğince elkonulması halinde ise yalnızca malikin veya pay sahibinin sicil zilyetliğine bağlı tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur ve fakat burada sicil zilyetliği adli makamlara geçmiş olmaz. Yine aynı madde gereğince hak ve alacaklara elkonulması halinde ise esasen eşyaya değil şüpheli, sanık veya diğer kişilerin, üçüncü şahıslar nezdindeki alacak veya sair haklarına elkonulmaktadır. Bu halde hak sahibi olan kişi, bu hakkın kendisine sağladığı talep yetkilerini kullanamaz hale gelmektedir.

Elkoyma işlemiyle birlikte, eşya adli emanette muhafaza edilmeye başlanmakta olup bu durumun, muhakeme kesin hükümle neticelenmesine kadar sürmesi olasıdır. Ancak gelinen aşama itibariyle eşyanın adli emanette muhafazasına artık ihtiyaç duyulmayabilir. Bu olasılıkta, eğer Kanunda aranan koşullar gerçekleşirse elkonulan eşyanın şüpheli, sanık veya üçüncü kişilere *teslimine* olanak tanınmıştır. Esasen burada Kanun iki farklı hukuki kurumu teslim başlığı altında bir arada düzenlemiştir. Bunlardan ilki olan CMK m.132/5'te düzenlenen *emaneten teslimde* eşya, muhafaza edilmek ve istenildiğinde iade

edilmek üzere geçici olarak teslim edilmektedir. Buna karşılık CMK m.132/6'da düzenlenen *rayiç bedel karşılığı teslimde* ise eşya geri istenmemek üzere ve fakat rayiç bedelinin ödenmesi karşılığı teslimde konu edilmekte ve ileride müsadere kararı verilirse, müsadere konusunu da bu rayiç bedel teşkil etmektedir. Her iki halde de teslim, soruşturma aşamasında Cumhuriyet Başsavcılığının, kovuşturma aşamasında ise mahkemenin yapacağı fiili bir işlemle gerçekleşecektir.

Buna karşılık CMK m.131'de düzenlenen *iade*, eğer koşulları varsa elkoymaya konu taşınır eşyanın veya malvarlığı değerinin *dolaysız zilyetliğinin* veya hak ve alacaklara ilişkin *talep yetkisinin*, kanunda belirtilen sebeplerin gerçekleşmesi üzerine ve henüz hüküm kurulmadan önce, herhangi bir bedel alınmaksızın ve istenildiğinde geri verme koşulu söz konusu olmaksızın, şüpheli, sanık veya üçüncü kişilere iadesi veya mağdura devredilmesi anlamına gelmektedir ve bu yönüyle teslimden oldukça farklı bir kurumdur. Kanun iade açısından eşyanın, genel mahiyette elkoymaya veya taşınmaz hak ve alacaklara el konulmasına konu olması açısından farklı şartlar ve fakat her ikisi için de aynı iade usulünü öngörmüştür. Bu iade usulü çerçevesinde kimi zaman bir tali ceza davasından söz etmek de gerekecektir. Nitekim Kanun, soruşturma aşamasında iadenin temelde Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmasını kabul etmiş ve fakat ilgililere bu hususta doğrudan sulh ceza hâkimine başvurma imkânı da tanımış ve bunun yanında, birinci halde talep yönünde işlem yapılmazsa yine sulh ceza hâkimine başvurma olanağını da kabul etmiştir. Bu hallerde esasen iade konusunda bir tali ceza davasının söz konusu olduğunu belirtmek gerekir ki esasen kovuşturma aşamasında iadenin mahkemeden talep edilmesi halinde de aynı durum söz konusudur.

Şu hususun altını çizmemiz gerekir ki bahsettiğimiz bu tali ceza davası neticesinde verilen eşyanın iadesi yönündeki karar, eşyanın mülkiyeti hususunda kesin bir hüküm mahiyetinde olmadığından ilgililerin hukuk mahkemesinde bu konuda bir dava açmalarına bir engel bulunmamaktadır. Yine ifade etmemiz gerekir ki sicil zilyetliğinin mevzu bahis olduğu tapu siciline kayıtlı taşınmazlar ve yine sicile kayıtlı ulaşım araçları yönünden elkoyma ile birlikte yalnızca bu zilyetlik sınırlandırılmakta olduğundan ve fakat bu zilyetlik dahi devlete geçmediğinden, esasen bu gibi eşyaların mağdura iadesinden bahsetmek de mümkün değildir. Dolayısıyla örneğin CMK m.131 kapsamında bir tapu kaydının iptali ile mağdur veya bir başkası adına tescili mümkün değildir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akipek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2018.
- Akyol Şener, Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan, İstanbul, Afa, 2001.
- Aprile Ercole, Le misure cautelari nel processo penale, Milano, Giuffré, 2006.
- Ayan Mehmet, Eşya Hukuku- I, Zilyedlik ve Tapu Sicili, 14. Baskı, Ankara, Adalet, 2020.
- Aydın Murat, Arama ve Elkoyma, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2012.
- Barbuto Giorgio/Luerti Simone/Pilla Vittorio/Spina Rosario, Compendio di diritto procedura penale, Dogona, Maggioli, 2013.
- Cordero Franco, Procedura penale, 9. Edz., Milano, Giuffré, 2012.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Bası, İstanbul, Beta, 2020.
- Erem Faruk, Ceza Usulü Hukuku, 4. Bası, Ankara, Sevinç, 1973.
- Ertuş Şeref, Eşya Hukuku, 6. Bası, Ankara, Seçkin, 2005.
- Garofoli Vincenzo, Diritto processuale penale, 2. Edz., Milano, Giuffré, 2010.
- Gökçen Ahmet/Balçı Murat/Alşahin M. Emin/Çakır Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Adalet, 2021.
- Gökçen Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1994.
- Grilli Luigi, La procedura penale, Guida pratica, Vol. I, CEDAM, 2010.
- Gürsoy Kemal T./Eren Fikret/Cansel Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara, AÜHF Yayınları, 1984.
- Kaplan İbrahim, Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I, Ankara, Dayınlarlı, 1996.
- Kunter Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Doğan Kardeş, 1967.
- Lattanzi Giorgio/ Lupo Ernesto/ Nappi Aniello, Codice di procedura penale - Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, Vol II, Milano, Giuffré, 2008.
- Nomer Halûk Nami/Ergüne Serkan, Eşya Hukuku, 8. Bası, İstanbul, OnikiLevha, 2020.
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, Filiz, 2014.
- Orhan Uğur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma, Ankara, Yetkin, 2019.
- Özbek V. Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020.
- Özen Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Adalet, 2021.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem M. Ruhan/Sırma Gezer Özge/Saygılar Kırıt Yasemin F./Alan Akcan Esra/Özaydın Özdem/Erden Tütüncü Efser/Altınok Villemin Derya/Tok, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020.

- Öztürk Bahri/Eker Kazancı Behiye/Soyer Güleç Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021.
- Parlar Ali, İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Güncellenmiş 3. Bası, Ankara, Bilge, 2017.
- Siracusano Delfino/Tranchina Giovanni/Zappalà Enzo, Elementi di diritto processuale penale, 3. Edz., Milano, Giuffrè, 2007.
- Soyaslan Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin, 2020.
- Şahin Cumhuriyet/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku- I, 11. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020.
- Şahin Cumhuriyet/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku - II, 10. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020.
- Şen Ersan/Eryıldız H. Sefa, Elkoyma, Seçkin, Ankara, 2017.
- Tonini Paolo, Manuale di procedura penale, 11. Edz, Milano, Giuffrè, 2010.
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Ankara, Savaş, 2019.
- Tosun Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul, Sulhi Garan, 1976.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Adalet, 2019.
- Yaşar Osman, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, Seçkin, 2007.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020.
- Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Bası, Ankara, Seçkin, 2019.

Makaleler/Kitap Bölümleri

- Bernasconi Alessandro, "Prove", in: Manuale di diritto processuale penale, Adolfo Scalfati (Ed.), ss.229-233, Torino, G. Giappichelli, 2015.
- Dursun İsmail, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Taşınmaz, Hak ve Alacaklara Elkoyma", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, C. 21, S. 2, ss. 535-558, 2015.
- Gedik Doğan, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Basit Elkoyma", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 6, ss. 67-82, Şubat 2007.
- Ruggeri Stefano/Maggio Paola, "Il sequestro probatorio", in: La prova penale, a cura di Paola Ferrio, Enrico Marzaduri, Giorgio Spangher, ss.784-836, Torino, G. Giappichelli, 2013.

İnternet Kaynakları

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

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

MODERN KÖLELİK OLGUSU KARŞISINDA İHAM'IN DAR YORUMUNUN YETERSİZLİĞİ VE ÖNERİLER*

THE INSUFFICIENCY OF THE ECHR'S NARROW INTERPRETATION IN THE FACE OF THE MODERN SLAVERY PHENOMENON AND SUGGESTIONS

Kahan Onur ARSLAN**

Özet: Modern kölelik, kölelik kurumunun evrimi, yani zaman içerisindeki kesintisiz nitel ve nicel değişimi çerçevesinde günümüzde oldukça yaygınlaşan yeni kölelik uygulamalarını ifade eden bir olgudur. Modern kölelik uygulamalarının örneklerini oluşturan pek çok bireysel başvuru karşısında, İHAM'ın halen 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesi'nde yer alan ve kişi üzerindeki mülkiyete bağlı yetkilerin kullanımını esas alan tanımını benimsemesi, söz konusu olgunun doğru anlaşılması ve engellenmesi çabaları karşısında yetersiz kalmaktadır. Bu çalışmada; İHAM'ın bu yaklaşımının neden yetersiz kaldığı izah edilmeye çalışılmış ve nasıl bir yaklaşım benimsenmesi gerektiği yönünde öneriler sunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Modern Kölelik, Kölelik Yorumu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 4. madde

Abstract: Modern slavery is a phenomenon that expresses the new slavery practices that have become widespread today with in the framework of the evolution of the institution of slavery, that is, its uninterrupted qualitative and quantitative change over time. In the face of many individual applications, which are examples of modern slavery practices, the ECHR's adoption of the definition in the Slavery Convention of 1926, which is based on the use of property-related powers, falls short in the face of efforts to understand and prevent the phenomenon as it is. In this study, it has been tried to be explained why this approach of the ECHR is insufficient and it has been tried to offer suggestions on what kind of approach should be adopted.

Keywords: Modern Slavery, Interpretation of Slavery, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights Article 4

* Bu makale Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı kapsamında hazırlanan "Devlet ve Hukuk Ekseninde Köleliğin Evrimi ve Modern Devlette Görünümü" başlıklı doktora tezi çalışması neticesinde ulaşılan veriler ışığında hazırlanmıştır. Makalede bilimsel araştırma ve yayın etiğine uyulmuştur.

** Arş. Gör., Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, konura@pau.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2557-5524, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.08.2021, Kabul Tarihi: 18.08.2021

Giriş

Kölelikle ilgili çalışmaların büyük çoğunluğu, köleliğin insanlık tarihi kadar eski olduğu ve bilinen tüm toplum sistemlerinde kölelik uygulamalarına rastlandığı şeklindeki bir galat-ı meşhurla başlamaktadır.¹Günümüzde bu varsayım; öylesine kabul görmüştür ki, bu ifadeye yer veren yazarlarca açıklanmaya ya da kanıtlanmaya gerek dahi duyulmadan kolayca söylenilip geçilen bir “bilgi” olarak kabul edilmiş gibi görünmektedir. Oysa son 60-70 yıl içinde ulaşılan antropolojik ve arkeolojik verilerle artık durumun böyle olmadığı bilinmektedir.² Öyle ki insan toplumunun geçmişi temelde, “türdeş ilkel dönem” ile “farklılaşmış uygar dönem” olmak üzere iki ana dönem³ üzerinden incelendiğinde içinde yaşadığımız, farklılaşmış uygar dönemin kişiliğinin, ilkel topluluktan uygar topluma geçiş sürecinde biçimlenmiş olduğu gözlemlenebilmektedir. Çağdaş uygar toplumun birçok temel kurumu, ilkel topluluktan uygar topluma geçiş aşamasında ortaya çıkmış ve daha sonra öteki kurumlarla etkileşim içinde örülüp günümüze dek ulaşarak içinde yaşadığımız toplumun yapısı-

¹ Bkz. İsmail Parlatur, *Tanzimat Edebiyatında Kölelik*, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012; Zülfiye Zeynep Bakır, *Modern Kölelik, İNSAMER*, İstanbul, 2016, s. 2; Nihat Engin, “Osmanlı Devletinde Kölelik”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 1992), s. 3, Ehud R. Toledano, *Suskun ve Yokmuşçasına İslâm Ortadoğusu’nda Kölelik Bağları*, çev. Y. Hakan Erdem, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 1; Ogün Usta, “Türk Hukuku ve AIHS Bağlamında Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasağı”, (Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi SBE, Erzincan, 2021), s. 135.

² Bu çalışmalara örnek olarak bkz. Morton Herbert Fried, *The Evolution of Political Society: An Essay in Political Anthropology*, Random House, New York, 1967; M. Fortes; E. E. Evans-Pritchard(ed.), *African Political Systems*, Oxford University Press, Fourth Impression, London, 1950, s. 5; Maurice Duverger, *Siyaset Sosyolojisi*, çev. Şirin Tekeli, Varlık Yayınları, İstanbul, 2007, s. 31 vd. TedLewellen, *Siyasal Antropoloji*, çev. A Erkan Koca, Birleşik Yayınevi, Ankara, 2011, s. 50-55; Marshall Sahlins, *Taş Devri Ekonomisi*, çev. Taylan Doğan, Şirin Özgün, Bgst Yayınları, 2010; Yuval Noah, Harari, *Hayvanlardan Tanrılara Sapiens*, çev. Ertuğrul Genç, Kolektif Kitap, İstanbul, 2015, s. 57-65; Jared Diamond, *Tüfek, Mikrop ve Çelik*, çev. Ülker İnce, Tübitak Popüler Bilim Kitapları, Ankara, 2008, s. 362; Peter Bogucki, *İnsan Toplumunu Kökenleri*, çev. Cumhuriyet Atay, Kalkedon Yayınları, İstanbul, 2013; Pierre Clastres, *Vahşi Savaşçının Mutsuzluğu*, çev. Alev Türker - Mehmet Sert, Ayrıntı Yayınevi, İstanbul, 1992, s. 105; Pierre Clastres, *Devlete Karşı Toplum*, çev. Mehmet Sert; Nedim Demirtaş, *Ayrıntı Yayınları*, İstanbul, 1991, s. 145-151.

³ İlkel toplulukla uygar toplumun başlarına getirilen “türdeş” ve farklılaşmış” sıfatları, bu sıfatların bireylere ve topluma yansıyan görünümünü belirtmek üzere “eşitlikçi” ve eşitsizlikçi” olarak da anlaşılabilir. Bkz. Alâeddin Şenel, *İlkel Topluluktan Uygar Topluma*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s. 19.

nı dokumuştur.⁴ Bu nedenle, kölelik kurumunun insanlık tarihi kadar eski olduğu varsayımı bir bakıma kolaycılığa kaçan bir yaklaşımın ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan kölelik kurumunun ortaya çıkması için her şeyden önce özel mülkiyetin, pazarın, metanın, otoritenin ve iktidarın ortaya çıkması ve ilkel topluluğun türdeş yapısının bozulması ile insanın metalaşması sürecinin tamamlanması gerekmektedir. Dolayısıyla, özellikle üyeleri arasında statü ve rol farklılıklarının bulunmadığı, ekonomik zenginlik üzerine kurulu bireysel çıkar ya da iktisadi söylemle artı değer kavramının sosyal ilişkileri belirlemede başrol oynamadığı eşitlikçi bir yapı özelliği gösteren ilkel toplulukta, insanların birbirleri üzerinde otorite tesis etmelerine ya da birbirlerine sahip olmaya ihtiyaç duymayacakları söylenebilir. Bu bakımdan, bir insanın yalnızca başkasının çıkarı için karşılıksız çalışması anlamına gelen ve insan olma niteliğinden soyutlanıp bir meta olarak görülmesi sonucunu doğuran kölelik gibi bir kurumun, türdeş ve eşitlikçi ilkel toplulukta gereksinim duyulan bir kurum olmadığı sonucuna ulaşabiliriz. Bu sebeple, insanların takım ve kabile örgütlenmeleri şeklinde yaşadıkları türdeş ilkel dönemde kölelik ve benzeri uygulamaların görülmemesi de doğaldır.

Yine de köleliğin, insan onuruna aykırı bir uygulama olarak binlerce yıllık bir geçmişe sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Özellikle ilk kent devletlerinin kurulmasıyla birlikte, merkezi iktidarların da desteğiyle toplumsal yapı içerisinde kabul görüp meşruiyet kazanan, meşru görüldüğü için hukukla da desteklenen ve hukukla desteklendiği için meşruluğu artan sınıflı toplum yapısı içinde, kölelik de toplumsal kabullenmenin ötesine geçerek hukuki bir nitelik kazanmış ve farklı zaman dilimlerinde, farklı coğrafyalarda yaşayan çeşitli devlet sistemlerinde uzunca bir süre varlığını sürdürmeye devam etmiştir. Elbette binlerce yılı kapsayan bu süreçte kölelik de çeşitli dönüm noktalarından geçerek evrimleşmiş ve dönüşmüştür. Nitekim bugün “kölelik” kavramını nitelendirmek için kullanılan “klasik”, “modern” ve “yeni” gibi sıfatlar da bu dönüşümü vurgulamaktadır.

Bu çerçevede her ne kadar klasik ve modern kölelikle ilgili kavramsal nitelendirmelerin oldukça önemli olduğu düşünülse de ana koldan uzaklaşmamak ve çalışmayı gereğinden fazla genişletmemek

⁴ Şenel, İlkel Topluluktan Uygur Topluma, s. IV.

amacıyla bu çalışmanın kapsamı bakımından elzem olmayan bu ayrıntılara yer verilmeyecektir. Fakat yine de bu çalışmanın ana konusunun daha kolay anlaşılabilmesi bakımından öncelikle, klasik ve modern kölelik ifadeleri ile ne anlaşılması gerektiğini, tanımlar üzerinden değil ama bu kölelik türlerinin temel paradigmaları üzerinden somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

Bilindiği üzere, klasik kölelik uygulamaları iki farklı sistemi kapsamaktadır. Birinci sistem, kölelerin kendilerini sahiplerine adadıkları takdirde hayatta kalabildikleri; boğaz tokluğuna yaşanan bir bağımlılık ilişkisidir. İki taraf için de “ faydalı ” olan bu sistemde tutsak-hizmetkâr ölümden kurtulmakta, sahibi de tüketimi az olan bu işçi sayesinde ekonomik durumunu düzeltmektedir. Bu durum çoğunlukla köle kaynağının savaş esirleri olduğu durumlarda ve serflerin köleleştirilmesinde karşımıza çıkmaktadır. İkinci sistem ise ırk ayrımına dayanmaktadır. Bu sistemde ırksal ya da etnik farklılıklar köleliğin varlığını açıklamak hatta köleliğe meşruiyet kazandırmak için kullanılır.⁵

Modern kölelik sisteminde ise artık savaş esirliği ya da ırk ayrımı kavramları eskiden olduğu kadar fazla bir anlam ifade etmemektedir. Günümüzde modern köle sahiplerinin kölelerini seçerken başvurdukları en önemli kriter artık “ kişinin savunmasızlığı ” olmuştur. Bugün asıl olan, köleleştirilecek insanların “ ten renklerinin, etnik kökenlerinin, dinlerinin köle olmaya ne kadar uygun olduğu ” değildir. Modern köle sahiplerinin potansiyel kölelerinde aradıkları temel nitelikler, “ kişinin kandırılabilir kadar saf, güçsüz, yoksul ve yoksun olmasıdır ”. Ayrıca günümüzde bu gerekçenin meşrulaştırılması gerekliliği de kalmamış gibi görünmektedir. Modern dünyada paranın kendi ahlakının, hayattaki pek çok diğer kaygıyı ezip geçecek bir güce ulaştığını gözlemleyebiliyoruz. Bu nedenle modern köle sahiplerinin çoğu, seçtikleri emek sömürü yöntemini açıklamaya ya da savunmaya ihtiyaç dahi duymamaktadırlar. Neticede modern kölelik, klasik kölelikten çok daha kârlı olduğundan, gelirlerden giderler çıktıktan sonra ortaya çıkan nihai rakamın büyüklüğü, modern köle sahipleri bakımından her şey için geçerli bir mazeret olarak kabul edilebilmektedir.⁶

⁵ Lengelle, Maurice, Kölelik, çev. Emine Su, İletişim Yayınları, İstanbul, 1993, s. 6-7.

⁶ Kevin Bales, Küresel Ekonomide Yeni Köleler, çev. Pınar Öğünç, Çitlembik Yayınları, İstanbul, 2002, s. 16-17.

Denilebilir ki kölelik, artık “cazip” bir iş sahası haline dönüşmüştür ve sanıldığı gibi aksine kölelik azalmamakta, köle sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Örneğin ayağımızdaki ayakkabı Pakistan’daki köleler eliyle yapılmış olabilir, belki de evlerimize serdiğimiz renkli kilimleri de onlar dokumuşlardır. Üzerimizdeki tişörtü Hindistan’daki bir köle dikmiş olabilir. Karayip Adaları’ndaki köleler, çayımıza koyduğumuz şekeri toplamış ya da çocuğumuzun yüzünü güldüren oyuncağı imal etmiş olabilirler. Hayatımızın en anlamlı gününü sembolize eden o parlıtlı yüzüğün değerli taşı Afrikalı köle çocukların bulup çıkarmış olması ihtimali oldukça yüksektir. Rahat bir emeklilik geçirmek için birikimlerimizi değerlendirdiğimiz emeklilik fonları, büyük oranda, köle emeğini sömürerek kârlılığını arttıran büyük şirketlerin hisse senetleriyle beslenmektedir.⁷ Modern kölelik, modern küresel ekonominin bir parçasıdır ve biz farkında olsak da olmasak da bir şekilde hayatımızın içindedir.

Modern kölelik sistemi, bugün çoğunlukla kapitalizmin ihtiyaç duyduğu ucuz işgücü ihtiyacına dayalı olarak kimi zaman belirli birırka mensup insanların daha aşağı bir sosyal sınıfa ait olarak görülmeleri, kimi zaman da mafyalar ve terör örgütleri eliyle yaratılan kayıt dışı ekonomik uygulamalarda kendini göstermektedir.⁸ Bu yeni kölelik sistemi, bunlarla sınırlı olmamakla birlikte, insan ticareti, cinsel istismara konu olacak şekilde kadın ticareti, kadının eşi ya da eşinin ailesi ya da kendi ailesi tarafından para karşılığında veya farklı geleneksel ritüeller ekseninde bir başkasına devredilmesi, çocuk emeğinin sömürüsü, çocukların çatışmalarda asker olarak kullanılmalarına bağlı olarak ortaya çıkan sömürü, borç nedeniyle kölelik ve ev köleliği gibi pek çok farklı uygulama ekseninde sürdürülmektedir.⁹

Bu sebeple insan haklarına ilişkin Avrupa standardını belirlemek suretiyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne¹⁰ taraf devletle-

⁷ Bales, Küresel Ekonomide Yeni Köleler, s. 9-10.

⁸ Andrew Crane, “Modern Slavery as a Management Practice: Exploring the Conditions and Capabilities for Human Exploitation”, *Academy of Management Review*, Vol. 38, No. 1, 2013, s. 50.

⁹ David K.Androff, “The Problem of Contemporary Slavery: An International Human Rights Challenge For Social Work”, *International SocialWork*, Vol. 65, No: 2, 2010, s. 213; Bakır, Modern Kölelik, s. 4-5.

¹⁰ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme), (Convention for the Protection of Human Rights and

rin insan hakları politikalarına yön verebilen İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin¹¹ kölelik olgusuna yaklaşımı önem kazanmaktadır.¹²

I. İHAS'ın 4. Maddesi Çerçevesinde "Kölelik"

Bilindiği üzere İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan herhangi bir hakkın, özgürlüğün ya da yasağın kapsamının belirlenmesinde; iki temel referans noktası vardır. Bunlardan ilki İHAS'ın lafzı, ikincisi ise İHAM'ın içtihatlarıyla Sözleşme'nin lafzına kazandırdığı anlamdır. Bu nedenle İHAS'ın kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışmayı yasaklayan 4. maddesinin kapsamının tespitinde de bu bütünselliğin göz önünde tutulması gerekmektedir.

Sözleşmenin 4. maddesinin ilk fıkrasında;

"Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz" denilerek kölelik ve kulluk mutlak olarak yasaklanmıştır.

İkinci fıkrasında zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasaklanmış, üçüncü fıkrasında ise "zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma"nın istisnaları düzenlenmiştir.

Bu aşamada, çalışmamızda üzerinde durulacak olan konunun odağında 4. maddenin 1. fıkrasında yer alan kölelik kavramının bulunduğu belirtmek gerekiyor. Fakat konuyu tek bir kavram özelinde daraltma yönündeki bu tercih diğer konularda bir sorun olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Esasen bu daraltmanın sebebi bu çalışma

Fundamental Freedoms - ETS. No. 005), 04.11.1950 tarihinde Roma'da imzaya açılmış, 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kasım 2020 tarihi itibarıyla bazıları Sözleşme'ye yeni bir takım hak ve özgürlükler getiren bazıları ise Sözleşme ile yaratılan organların yetki ve işleyişlerini düzenleyen toplam 16 ek protokol kabul edilmiştir. Türkiye Sözleşmeyi, imzaya açıldığı tarih olan 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve Sözleşme ile bağlanma işlemini tamamlamak üzere, 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün tasdiki hakkında Kanun"u çıkartmıştır (R.G. Tarih: 19.03.1954, No: 8662). 1987 yılında İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'nun bireysel başvuru inceleme yetkisinin tanınması ve 1990 yılında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yargı yetkisinin tanınmasıyla, Sözleşme gerçek anlamda iç hukukumuzu etkilemeye başlamıştır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, bu çalışmada "İHAS" olarak kısaltılacaktır. İHAS kısaltmasıyla ilgili bir görüş yazısı için bkz, Tolga Şirin, "AİHM ve İHAM Kısaltmaları Üzerine", <https://www.tolgasirin.com/post/iham>, E.T. 19.11.2020.

¹¹ Bu çalışmada "İHAM" olarak kısaltılacaktır.

¹² Oktay Uygun, Devlet Teorisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 584.

kapsamında tek bir kavrama odaklanılarak, ortaya, daha verimli bir analiz koyabilmektir.

Bu kapsamda görüldüğü üzere İHAS'ın 4. maddesi, bir hakkın tanınması şeklinde değil, bazı hallerin ve muamelelerin yasaklanması şeklinde düzenlenmiştir. Bu çerçevede köle veya kul olarak tutulma mutlak bir yasak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yasakla sağlanan korumanın kapsamının, hakkın öznesi bakımından ya da başka bir hak nedeniyle daraltılması da söz konusu değildir.¹³ Tıpkı yaşam hakkında (m. 2), işkence yasağında (m. 3) ve kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinde (m. 7) olduğu gibi; olağanüstü hallerde bile bu yasağa aykırı tedbirler alınması mümkün değildir (derogasyon yasağı) (İHAS 15/2).

Bu noktada kölelik ve kulluk kavramlarının Sözleşme'de tanımlanmadığı görülür. İHAM, pek çok konuda olduğu gibi kölelik konusunda da aynı konuda hükümler içeren diğer uluslararası sözleşmelerle benimsenen tanımlar ve ölçütler çerçevesinde bir yaklaşım benimsemektedir.

Bu çerçevede uluslararası hukuk bakımından en fazla kabul gören kölelik tanımı, 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesi'nin 1. maddesinde yer alan tanımdır. Mahkeme de: "kölelik, üzerinde mülkiyet hakkına bağlı yetkilerden herhangi biri ya da tümü uygulanan bir kişinin statüsü ya da durumudur" şeklindeki bu tanımı benimsediğini ifade etmektedir.¹⁴ Fakat İHAM kararlarına bakıldığında bugüne kadar bu tanım doğrultusunda Sözleşmenin 4. maddesinin ihlali olarak nitelendirilen bir uygulamanın bulunmadığını görülür.¹⁵

II. İHAM Kararlarında Köleliğin Dar Yorumu

Kölelik ve zorla çalıştırma yasağını düzenleyen İHAS'ın 4. maddesi, Sözleşmenin mutlak hak içeren dört maddesinden biridir.¹⁶ Söz-

¹³ Ulaş Karan, "Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Karşılaştırmalı Analiz", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 67 C.2, 2018, s. 418.

¹⁴ İHAM, Siliadin v. Fransa, 73316/01, 26.07.2005, §122, İHAM, Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya, 25965/04, 07.01.2010 § 276, İHAM, Chowdury ve Diğerleri v. Yunanistan, 21884/15, 30.03.2017, (final 30.06.2017) §38.

¹⁵ Karan, s. 419.

¹⁶ Diğer mutlak haklar, Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı ve 3. maddesinde düzenlenen işkence yasağı ve 7. maddesinde düzenlenen kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesidir.

leşmenin 15/2 hükmüne göre 4. maddenin derogasyon yasağına tabi olduğuna da yukarıda değinilmişti. Bununla birlikte Mahkeme 2009 yılında, 22.05.2017'den itibaren geçerli olmak üzere değiştirdiği öncelik politikasında 4. maddenin ana şikâyet konusu olduğu başvuruların insanların fiziksel bütünlüğüne ve haysiyetine doğrudan tehdit oluşturduğunu vurgulayarak bu başvuruları, 2., 3. ve 5. maddelere ilişkin başvurularla eşdeğer konumda tutmuş ve bu başvuruların öncelikli olarak değerlendirilmesine karar vermiştir.¹⁷

Taşdığı bu öneme rağmen 4. madde, Sözleşmenin en âtil kalmış düzenlemesi olmaktan kurtulamamıştır.¹⁸ Öyle ki, İHAM'ın kurulduğu 1959 yılından itibaren 4. maddenin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularla ilgili yalnızca 332 karar verilmiştir. Bu kararların büyük bir çoğunluğunu kabul edilemezlik kararları oluşturmaktadır. Mahkemenin, ihlal tespit ettiği karar sayısı ise yalnızca 13'tür.¹⁹

Bu sayılar ilk bakışta, taraf devletlerde kölelik, kulluk ve benzeri uygulama yasaklarına sıkı bir şekilde uyulduğu ve artık bu türlü uygulamalara oldukça az rastlandığı gibi bir sonucu akla getirecek şekilde yorumlanabilir. Ancak bu durumu köleliğin, kulluğun zorla çalıştırmanın veya zorunlu çalışmanın ve insan ticaretinin artık ortadan kalkmış olmasına bağlamak maalesef mümkün değildir.

Öyle ki günümüzde iç savaşlar, ekonomik krizler ve sosyal adaletsizlik son derece artmış durumdadır. Buna bağlı olarak korunmasız ve çaresiz kalan insanların sayısında da önemli bir artış olması kaçınılmazdır. Bu noktada, insanların bu durumlarından yararlanmak isteyenlerin de yeni yöntemler geliştirerek hukukun etki etmekte zorlandığı alanları genişlettiği gözlemlenmektedir.²⁰ Bugün artık kölelik ve kölelik benzeri uygulamalar arasındaki fark açık ve net bir şekilde

¹⁷ The Court's Priority Policy, 22.05.2017, https://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf, E.T. 06.12.2020

¹⁸ Nisan Kuyucu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İnsan Ticareti: Rantsev ve Sonrası", *FE Dergi: Feminist Eleştiri* 9, S. 2, 2017, s. 31.

¹⁹ Ağustos 2021 itibarıyla güncel olan bu sayısal verilere yazar tarafından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihat bilgi bankası taranarak ulaşılmıştır. Mahkeme tarafından tutulan 2020 yılı istatistikleri için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2020_ENG.pdf, E.T. 03.08.2021.

²⁰ Ali Bal, "Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve AİHM İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl 4, S. 2019/2, s. 103-104.

belirlenememektedir. Pratikte, köleliğin başladığı ve bittiği noktanın tespitinde de pek çok güçlükle karşılaşmaktadır.²¹ Bu hususların göz ardı edilmesi ise konuyla ilgilenenlerin gerçeklikten uzaklaşmasına yol açabilmektedir. Bu nedenle içtihatlarla dair veriler ışığında yapılacak gerçekçi yorum bizi; olsa olsa söz konusu olguların, 20. yüzyılın özellikle ikinci yarısından itibaren hızla biçim değiştirdiği ve başarılı bir şekilde gözden uzaklaştırıldığı sonucuna götürebilir.²² Mahkemenin içtihatları ve çeşitli sivil toplum örgütlerinin raporları arasındaki açık farklılıklar da bu tespiti destekler niteliktedir. Örneğin Walk Free Foundation'un son yayınlanan raporu olan 2018 küresel kölelik endeksi raporuna göre dünya üzerinde modern köle olarak yaşayan insan sayısı 40 milyonun üzerindedir. Bugün için Avrupa'da bu sayı yaklaşık 500.000 iken sadece Türkiye'de yaklaşık 216.000 modern köle tespit edilmiştir.

Peki Mahkemenin 4. maddeye ilişkin içtihatlarının bu denli az olmasının sebebi, bu uygulamaların artık neredeyse ortadan kalmış olması ile açıklanamıyorsa nasıl açıklanmalıdır? Bu sorunun cevabı da yine pek tabii Mahkemenin içtihatlarıyla ortaya koyduğu yaklaşımlarda bulunabilir. Ben bu noktada, konuyla ilgili içtihatların azlığının temel sebebinin Mahkemenin, söz konusu kavramları yorumlarken benimsediği daraltıcı yorum tercihi olduğunu düşünmekteyim.

Daha önce de değinildiği üzere, Mahkeme bir durumun kölelik olup olmadığının tespitinde 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesi'nin 1. maddesinde yer alan ve mülkiyete bağlı yetkileri esas alan tanımı benimsemektedir.²³ Fakat Mahkeme benimsediği bu tanım doğrultusunda verdiği kararlarda kölelik olarak nitelendirilen bir uygulama tespit etmiş değildir. Çünkü Mahkeme'nin, herhangi bir durumun kölelik oluşturup oluşturmadığının tespitinde, kişinin içinde bulunduğu fiili durumu değil; içinde bulunduğu hukuki statüyü dikkate almayı tercih ettiğini görüyoruz. Bir kişi üzerinde mülkiyete bağlı yetkiler olan kullanma yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkileri açık ve net bir şekilde kullanılıyor olsa da, bu yetkiler, yürürlükte olan hukuk sistemi tarafından tanınmadıkça ve söz konusu hukuk sisteminde insanlar

²¹ Joel Quirk, *Unfinished Business: A Comparative Survey of Historical and Contemporary Slavery*, UNESCO and WISE, 2008, s. 45.

²² Kuyucu, s. 31; Quirk, s. 45.

²³ İHAM, *Siliadin v. Fransa*, §122.

için öngörülmüş bir kölelik ve benzeri statü bulunmadıkça; mahkeme karşılaştığı uygulamayı kölelik olarak nitelendirmemektedir.

Örneğin Siliadin kararında göçmen statüsü kazanması ve eğitim alması koşuluyla ailesiyle anlaşarak Togo'dan Fransa'ya getirilen bir kız çocuğunun durumu incelenmiştir. Bu kız, Fransa'ya getirildikten sonra onu Togo'dan getiren kişi tarafından bir başka aileye "ödünç verilmiştir". Siliadin'in Pazar günleri kiliseye gitmesi haricinde evden dışarı çıkmasına izin verilmemiştir. Siliadin, Sabah 7:30 ile akşam 10:30 saatleri arasındaki 15 saat boyunca ev işleri ve çocuk bakımına zorlanmıştır. Sürekli eski ve yıpranmış giysiler giyerek bir yer yatağında yatırılmıştır. Tüm bunlar karşılığında kendisine bir kereye mahsus olarak verilen 500 Fransız Frangı dışında hiçbir ücret ödenmeden 4,5 yıl boyunca, zaman zaman şiddet uygulanarak ve ilgili makamlara ihbar edilmek suretiyle sınır dışı edilme tehdidiyle bu koşullarda tutulmuştur. İHAM, Siliadin'in İHAS'ın 4. maddesinin ihlal edildiğine dair başvurusunu kabul ederek başvuruyu esastan incelemiştir. Mahkeme özetle; başvuran açıkça kişisel özgürlüğünden yoksun bırakılmış ise de sunulan kanıtlar; evinde kaldığı kişiler tarafından başvuran üzerinde gerçek bir yasal mülkiyet hakkı kullanıldığını ve başvuranın nesne statüsüne indirildiğini göstermemektedir demek suretiyle Siliadin'in köle olarak tutulmadığı yönünde karar vermiştir.²⁴ Buna göre Mahkemenin değerlendirmesi; kişi üzerinde yasayla tanınmış bir mülkiyet hakkı yoksa kölelik yoktur şeklindedir.

Rantsev kararında da benzer bir durum söz konusudur. Oyuncu olma vaadiyle Kıbrıs'a getirilen fakat fuhuşa zorlanan, bir mal gibi alınıp satılan, şiddete maruz kalan ve polise teslim edilmek suretiyle cezalandırılma tehdidiyle yüz yüze bırakılan mağdur Rantseva için de mahkeme mağdurun üzerinde gerçek bir yasal mülkiyet hakkı kullanılmadığı gerekçesiyle kişinin içinde bulunduğu durumu kölelik olarak nitelendirmemeyi tercih etmiştir.²⁵

Oysa Kölelik Sözleşmesinin 1. maddesinde yer alan ve Mahkeme tarafından esas alınan tanımda; "Kölelik, üzerinde mülkiyet hakkına bağlı yetkilerden herhangi biri ya da tümü uygulanan bir kişinin statüsü ya da durumu" olarak tanımlanmıştır.

²⁴ İHAM, Siliadin v. Fransa, §122.

²⁵ İHAM, Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya, 25965/04, 07.01.2010, §279.

Kölelik Sözleşmesi, köleliği tanımlarken “statü” ifadesini kullanarak hukuki (de jure), “durum” ifadesini kullanarak ise fiili (“de facto”) bir olgudan bahsetmektedir. Buna göre Mahkeme, esas aldığı tanımın yalnızca hukuki olguyu işaret eden kısmını benimsemiş, fiili olguya işaret eden kısmını ise daraltıcı yorumuyla 4. maddenin 1. fıkrasında yer alan kölelik yasağının uygulama alanı dışında tutmayı tercih etmiştir. Bu sebeple, İHAM’a göre ancak; tanımda geçen “kişi üzerindeki mülkiyet hakkına bağlı yetkilerin” yasal olarak tanınması durumunda, Sözleşme’nin 4. maddesinin 1. fıkrasında yer alan kölelik yasağının ihlali söz konusu olabilecektir. Avrupa Konseyi üye devletleri bakımından, köleliği hukuki bir statü olarak tanımlayan bir devlet söz konusu olmadığından, Mahkemenin bu yorumu, 4. maddenin 1. fıkrasının kapsamının yalnızca kulluk bakımından uygulanabilir olması sonucuna yol açmaktadır.

Bu noktada elbette, Mahkeme’nin söz konusu kararlarında, kölelik yönünde bir tespit yapmamış olsa da her iki örnekte de 4. maddenin ihlaline karar verdiği; incelediği olaylarla ilgili olarak Siliadin kararında kulluk; Rantsev kararında ise insan ticareti nitelendirmesi yapmak suretiyle Sözleşmenin 4. maddesi bakımından ihlal kararı verdiği ve böylece sonuç itibarıyla istenilen amaca ulaşıldığı şeklinde bir yorum yapmak da mümkündür.

Gerçekten de bu yaklaşım, söz konusu iki başvuru bakımından görece kabul edilebilir bir sonuca yol açmış gibi görünmekte ve bu yaklaşımla Siliadin ve Rantsev kararlarında ve benzer olaylarda mağduriyet tespit edilmekteyse de aynı yaklaşım “kölelikle karşı karşıya kalınması tehlikesi” barındıran her durumda istenilen sonucu veremeyecektir. Bunun örneği Ould Barar v. İsveç kararıdır.²⁶

Mohammed Lemine Ould Barar, Moritanya vatandaşıdır. Köle bir babanın ve hür bir annenin oğludur. Kâğıt üzerinde defalarca kaldırılmış olsa da Moritanya İslam Cumhuriyeti’nde, özellikle kabile düzeninin sürdürüldüğü yörelerde, kölelik halen varlığını sürdüren bir olgudur.²⁷ Bu sebeple Barar, İsveç hükümetine ilettiği sığınma talebinin gerekçesi olarak Moritanya’da kölelikten kaçtığını ileri sürmüştür.

²⁶ İHAM, Ould Barar v. İsveç, 42367/98, 19.01.1999. Kararla ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Rona Aybay, “21. Yüzyıla Girenken Strasbourg’ta bir “Kölelik” Davası”, *Açık Sayfa*, S. 26, Mayıs 1999, s. 24-25.

²⁷ Aybay, s.24.

Barar'ın sığınma talebi İsveç hükümeti tarafından reddedilmiştir. Fakat Barar ülkesine geri gönderilmesi halinde babasının ve dolayısıyla kendisinin sahibi olan kişiye iade edileceğini ve bu kişi tarafından ağır bir şekilde cezalandırılacağını ileri sürmüştür.²⁸

Aslında İsveç hükümeti de köleliğin Moritanya hukukunda yasaklanmış olmasına rağmen, çeşitli uluslararası raporları göz önünde bulundurarak bu ülkenin kırsal kesimlerinde köleliğin hâlâ var olduğunu kabul etmektedir. Yine de İsveç Göçmenlik Kurulu, 28.01.1998 tarihli bir kararla, başvuranın Moritanya'dan ayrılmadan önce köle olarak tutulmadığını ve kişisel durumunu gerekçe göstererek, sığınma talebini reddetmiş ve Barar'ın sınır dışı edilmesine karar vermiştir. Barar, bu karara itiraz etse de itirazı kabul görmemiştir. Bunun üzerine Barar, Sözleşmenin 2, 3 ve 4. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürerek İHAM'a başvurmuştur.

Bilindiği üzere normal şartlarda, Sözleşme'nin, potansiyel olarak ihlal edildiğini veya edilmediğini açıklamak, Sözleşme organlarının görevi değildir. Fakat Mahkeme; Soering v. Birleşik Krallık kararında Sözleşmecî Devletin bir kaçığın geri verilmesine dair kararı ile geri verme talep eden ülkede gerçekten işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulma riskiyle karşılaşacağına inanmak için güçlü sebeplerin bulunduğu gösterilmesi halinde, o devletin sorumluluğunun doğabileceği yönünde karar vermiştir.²⁹ Mahkemenin Soering kararında Sözleşmenin 3. maddesi için kabul ettiği söz konusu yaklaşımın, işkence yasağı gibi mutlak bir yasak içeren kölelik yasağını düzenleyen 4. madde için de geçerli olması gerekmektedir.³⁰

Barar'ın 4. maddenin ihlali hakkındaki şikâyetiyle ilgili değerlendirilmesinde de Mahkeme esasen; bir kişinin resmi olarak tanınan bir kölelik rejiminin olduğu bir ülkeye sınır dışı edilmesinin, belirli durumlarda, Sözleşme'nin 4. maddesi kapsamında sorun yaratabileceği-

²⁸ İHAM, Ould Barar v. İsveç, §5-6.

²⁹ Böyle bir sorumluluğun kanıtlanması kaçınılmaz olarak, geri vermeyi talep eden ülkedeki koşulların Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından değerlendirilmesini içerir. Bkz. İHAM, Soering v. Birleşik Krallık, §91.

³⁰ David John Harris; Michael O'Boyle, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 286.

ni tespit etmektedir.³¹ Bununla birlikte Mahkeme, köleliğin Moritanya Hükümeti tarafından onaylanmadığını, aksine köleliğin yasaklandığını hatırlatmış ve bu nedenle; başvuranın Moritanya'ya döndüğünde 4. maddeye aykırı muamele görme riskini alacağına kanıtlanmadığını tespit ederek bu madde bakımından Sözleşmeye aykırılık olmadığına karar vermiştir.³² Bu durumda, mahkemenin köleliğin kabulü için kişi üzerinde kullanılan mülkiyete bağlı yetkilerin hukuk sistemi tarafından tanınması gerekliliğini arayan yaklaşımı, Moritanya'da köleliğin yasal bir kurum olarak tanınmaması sebebiyle, kişinin köleleştirilmesine engel olmak noktasında yetersiz kalmaktadır.

İşte bu sebeple Mahkemenin 4. maddenin 1. fıkrasıyla ilgili içtihatlarında ortaya koyduğu yaklaşımın revize edilmesi gerekmektedir. Bu revizyonun nasıl yapılacağına ilişkin çözüm önerileri ise aşağıdaki başlıkta belirtilecektir.

III. Köleliğin Dar Yorumunun Yetersizliği Karşısında Öneriler

Bu noktada referans alınabilecek iki yaklaşımdan bahsedebiliriz. Bu yaklaşımlardan ilki eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin³³, ikincisi Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin³⁴ (The High Court Of Australia- HCA) yaklaşımıdır.

Yugoslavya Mahkemesi'nin yaklaşımı Prosecutor v. Kunarac, Kovaç kararında ortaya konulmuştur. Aslında Yugoslavya Mahkemesi de tıpkı İHAM gibi 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesinde yer alan tanımı benimsemiştir. Ancak söz konusu kararda bu tanımın uluslararası hukukun diğer dallarında yapılan kölelik, kulluk ve zorla veya zorunlu çalıştırma tanımlarından daha geniş olabileceği de belirtilmiştir.³⁵ Yugoslavya Mahkemesi bu kararda şu ifadelerle yer vermektedir: Köleleştirme için mutlaka kişinin "iktisap edilmesi" veya "elden çıkarılması" gerekli değildir. Köleleştirme, "kontrol ve sahiplenme unsurları"

³¹ İHAM, Ould Barar v. İsveç, §23.

³² İHAM, Ould Barar v. İsveç, §33.

³³ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Bu çalışmada "ICTY" olarak kısaltılacak ve "Yugoslavya Mahkemesi" olarak anılacaktır.

³⁴ The High Court of Australia, Bu çalışmada "HCA" olarak kısaltılacaktır.

³⁵ ICTY, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovaç ve Zoran Vuković, §541; Erkan Duymaz, "Modern Kölelik Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme", *Legal Hukuk Dergisi*, C.11 S. 123, Mart 2013, s. 78.

rı, kişinin otonomisinin, seçme ve hareket özgürlüğünün kısıtlanması veya kontrolü ve genellikle suçun failinin bir kazanç elde etmesi belirtileri ile ortaya çıkmaktadır. Çoğu zaman mağdurun özgür iradesi; “güç kullanımı veya diğer zorlama biçimleri, şiddet korkusu, yalanlar veya yanıltıcı vaatler, gücün kötüye kullanımı, mağdurun savunmasızlığı, alıkoyma veya tutsaklık, psikolojik baskı veya sosyo ekonomik koşullar” gibi nedenlerle imkânsız ve ilgisiz hale getirilir. Bu sebeple, köleleştirmeye maruz kalan kişinin rızası veya özgür iradesi yoktur.³⁶ Dolayısıyla Mahkeme köleliğin, çeşitli modern biçimleri içerecek şekilde evrimleştiğini kabul etmekte ve kölelik durumunun tespitinde mülkiyet hakkına bağlı tüm veya bazı yetkilerin “kullanılıyor olmasının” yeterli olduğu tespitini yapmaktadır. Görüldüğü üzere Yugoslavya Mahkemesi, klasik kölelik tanımını günün koşullarına uyarlayarak oldukça geniş bir perspektifle yorumlamıştır.

İkinci olarak konuyla ilgili önemli ve güçlü tespitler içeren bir diğer yorum da, Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin (The High Court Of Australia- HCA) yorumudur.

Avustralya Yüksek Mahkemesi Wei Tang kararında, Tayland uyruklu 5 kadından biri olarak, gönüllü seks işçisi olmak üzere, yasadışı vize temin edilerek, Avustralya'ya getirilen fakat uzunca bir süre hiçbir ücret almadan özgürlüğünden yoksun bir şekilde çalışmak zorunda bırakılan bir kadının durumunu ele almıştır.

Avustralya Yüksek Mahkemesi, olayla ilgili kararında, Avustralya Ceza Kanununda konuyla ilgili düzenlemenin yine 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesi'nin 1. maddesinde yer alan tanıma dayandığını hatırlatmakta fakat kanundaki ifadenin Sözleşmedeki ifadeden daha geniş yorumlanması gerektiğinin altını çizmektedir.

Mahkeme, Avustralya'da hukuken tanınmış bir kölelik statüsünün bulunmadığının ve bir kişi üzerindeki mülkiyetin yasal olarak tanınmasının söz konusu olmadığı; bu çerçevede Avustralya Ceza Kanunu'na göre bir kişinin köle olarak tanımlanmasının zaten mümkün olmadığını tespit etmiştir. Bu sebeple Mahkemeye göre kanunda geçen kölelik tanımı, üzerinde de facto olarak kölelik yetkileri kullanı-

³⁶ ICTY, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovać ve Zoran Vuković, 2001. §542.

lan bir kişinin içinde bulunduğu koşula işaret etmektedir ve bu koşullara maruz kalan kişinin bu durumu taraf olduğu bir sözleşmeyle ya da yükümlendiği bir borç sebebiyle yaratmış olmasının da bir önemi bulunmamaktadır.³⁷

Bu çerçevede görüş açıklayan Mahkeme başkanına göre, “şikâyetçilerin bir satın alma nesnesi haline getirilmiş olması, “malik” konumundaki kişilerin sözleşmeleri süresince şikâyetçileri ve şikâyetçilerin emeğini büyük ölçüde sınırsız bir şekilde kullanma kapasitesine sahip olmaları ve şikâyetçilere emeklerinin karşılığı olarak orantılı bir ödeme yapılmamış olması”, şikâyetçilerin içinde buldukları koşulun kölelik olarak değerlendirilmesi için yeterlidir.³⁸ Görüldüğü üzere Avustralya Yüksek Mahkemesi, şikâyetçilerin içinde bulunduğu durumu, hukuki statüleri üzerinden değerlendirmek yerine fiili koşulları bakımından ele almıştır. Bu nedenle mahkeme şikâyetçilerin durumunu kölelik olarak nitelendirmekte tereddüt etmemiştir.

Sonuç

2016 yılında; Özgür Yürü Vakfı (WFF), Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve Uluslararası Göç Örgütü (IOM)³⁹ tarafından yürütülen çalışmalar ışığında yapılan hesaplamalar; dünya üzerinde 40 milyondan fazla insanın modern köle olarak yaşadığını ve son beş yıllık dönem içinde 89 milyon insanın (birkaç gün, birkaç ay ya da birkaç yıl süreyle) bir çeşit modern kölelik deneyimi içinde bulunduğunu ortaya koymuştur. Bu rakamlar, çeşitli şekillerde borç esareti altında tutulan, ev köleliğine zorlanan, asla kabul etmedikleri evliliklere hapsolmuş ve daha pek çok çeşidiyle modern köleliğin çok farklı yüzleriyle karşı karşıya kalmış insanları temsil etmektedir.⁴⁰

Modern kölelik, günümüzde neredeyse tüm ülkelerde hukuk kurallarıyla yasaklanmış olsa da fiiliyatta kabul edilemez bir ölçekte varlığını sürdürmektedir. Modern köleliği çoğu zaman kendilerinden uzakta meydana gelen bir sorun olarak ilan eden yüksek GSYİH’ya⁴¹

³⁷ HCA, The Queen v. Tang [2008] HCA 39, 28.08.2008, §33.

³⁸ HCA, The Queen v. Tang, §26.

³⁹ International Organisation for Migration (Uluslararası Göç Örgütü). Bu çalışmada IOM olarak kısaltılacaktır.

⁴⁰ The Global Slavery Index 2018, s.VII.

⁴¹ Gayri Safi Yurt İçi Hasıla

sahip ülkeler bu insan hakları krizindeki kusurlarını görmezden gelmeyi tercih etmektedirler. Oysa modern köleliğe katkıda bulunan göç, çatışma, baskıcı rejimler, etik olmayan işler, çevresel yıkım ve ayrımcılık gibi faktörlerin sorumluluğu her ne kadar modern köleliğin meydana geldiği ülkelere ait olsa da bu faktörlerden bazılarının sorumluluğu doğrudan yüksek GSYİH'lı ülkelerin politika kararlarıyla bağlantılıdır. Bu nedenle, ülkelerin modern köleliği kendi sınırları içinde ele almaları için araçlar sağlamalarının yanı sıra, tüm ülkelerin meseleyi küresel bir perspektiften ele almaları ve çözümler üzerinde iş birliği yapmaları da önemlidir.⁴²

Köleliğin hukuken yasaklandığı bir kurumsal ortamda temel soru, yavaş yavaş hangi uygulamaların klasik köleliğe yeterince benzer oldukları ve bu şekilde sınıflandırılmayı hak ettiklerine dönüşmüştür.⁴³ Bu nedenle, taraflarının çoğunluğunu, dünya üzerindeki en yüksek GSYİH'ye sahip ülkelerin oluşturduğu bir uluslararası yargı mercii olan İHAM'ın kölelik yorumu daha da önem kazanmaktadır.

İHAM'ın, kişiler üzerinde fiilen kullanılan mülkiyete bağlı yetkilerin⁴⁴ varlığını tespiti halinde dahi, bu yetkiler hukuk sistemi tarafından tanınmadıkça ve söz konusu hukuk sisteminde insanlar için öngörül-müş bir kölelik ve benzeri statü bulunmadıkça karşılaştığı uygulamayı kölelik olarak nitelendirmemesi; taraf ülkelerin modern kölelik gerçekliği karşısında kendilerini dışarıda tutan bir tavır ortaya koymalarına yol açmaktadır. Bu durum, mevcut modern kölelik uygulamaları ve zamanla ortaya çıkacak yeni modern kölelik uygulamaları ile mücadele için ihtiyaç duyulan küresel iş birliğinin önünde önemli bir engeldir.

Sonuç olarak karar sayısı bakımından değerlendirildiğinde İHAM'ın modern kölelik biçimlerine ilişkin içtihadının henüz "yerleşik" hale gelmediği söylenebilir.⁴⁵ Bu nedenle, İHAS'ı "yaşayan bir belge" olarak ele alıp "günün koşulları ışığında" yorumlamayı ilke edinen Mahkeme'nin, bu konudaki içtihadını Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ortaya koyduğu yenilikçi ve dinamik yakla-

⁴² The Global Slavery Index 2018, s.VII.

⁴³ QUIRK, Joel, "The Anti-Slavery Project: Linking the Historical and Contemporary", *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, No. 3, 2006, s. 566.

⁴⁴ Kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma, (usus, abusus, fructus) yetkileri.

⁴⁵ Duymaz, s. 80.

şıma benzeyen bir tutum ve Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin güçlü tespitleri doğrultusunda yenilemesi; Sözleşmede yer alan kölelik yasasının, modern kölelik biçimleri bakımından da uygulanabilir hale gelmesi ve 4. maddenin uygulanma alanının genişletilmesi bakımından gerekli görülmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Bakır Zülfiye Zeynep, *Modern Kölelik*, İNSAMER, İstanbul, 2016.
- Bales Kevin, *Küresel Ekonomide Yeni Köleler*, çev. Pınar Ögünç, Çitlembik Yayınları, İstanbul, 2002.
- Bogucki Peter, *İnsan Toplumunu Kökenleri*, çev. Cumhuriyet Atay, Kalkedon Yayınları, İstanbul, 2013.
- Clastres Pierre *Vahşi Savaşçının Mutsuzluğu*, çev. Alev Türker- Mehmet SERT, Ayrıntı Yayınevi, İstanbul, 1992.
- Clastres Pierre, *Devlete Karşı Toplum*, çev. Mehmet Sert; Nedim Demirtaş, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1991.
- Diamond Jared, *Tüfek, Mikrop ve Çelik*, çev. Ülker İnce, TÜBİTAK Popüler Bilim Kitapları, Ankara, 2008.
- Duverger Maurice *Siyaset Sosyolojisi*, çev. Şirin Tekeli, Varlık Yayınları, İstanbul, 2007.
- Engin Nihat, "Osmanlı Devleti'nde Kölelik", (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 1992).
- Evans-Pritchard Fortes M; E. E. (ed.), *African Political Systems*, Oxford University Press, Fourth Impression, London, 1950.
- Fried Morton Herbert, *The Evolution of Political Society: An Essay in Political Anthropology*, Random House, New York, 1967.
- Harari Yuval Noah, *Hayvanlardan Tanrılara Sapiens*, çev. Ertuğrul Genç, Kolektif Kitap, İstanbul, 2015.
- Harris David John; O'Boyle Michael, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Lengelle Maurice, *Kölelik*, çev. Emine Su, İletişim Yayınları, İstanbul, 1993.
- Lewellen Ted, *Siyasal Antropoloji*, çev. A Erkan Koca, Birleşik Yayınevi, Ankara, 2011.
- Parlatır İsmail, *Tanzimat Edebiyatında Kölelik*, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012.
- Quirk Joel, *Unfinished Business: A Comparative Survey of Historical and Contemporary Slavery*, UNESCO and WISE, 2008.
- Quirk Joel, "The Anti-Slavery Project: Linking the Historical and Contemporary", *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, No. 3, 2006, s. 565-598.
- Sahlins Marshall *Taş Devri Ekonomisi*, çev. Taylan Doğan, Şirin Özgün, Bgst Yayınları, 2010.

- Şenel Alâeddin, İkel Topluluktan Uygur Topluma, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982.
- Toledano Ehud R., Suskun ve Yokmuşçasına İslâm Ortadoğusu'nda Kölelik Bağları, çev. Y. Hakan Erdem, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.
- Usta Ogün, "Türk Hukuku ve AİHS Bağlamında Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasası", (Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi SBE, Erzincan, 2021), s. 135.
- Uygun Oktay, Devlet Teorisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Walk Free Fondation, The Global Slavery Index 2018, The Minderoo Foundation Pty Ltd, 2018.

Makaleler

- Androff David K. "The Problem of Contemporary Slavery: An International Human Rights Challenge For Social Work", *International Social Work*, Vol. 65, No: 2, 2010, s. 209-222.
- Aybay Rona, "21. Yüzyıla Girenken Strasbourg'ta bir "Kölelik" Davası", *Açık Sayfa*, S. 26, Mayıs 1999, s. 24-25.
- Bal Ali, "Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve AİHM İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl 4, S. 2019/2, s. 55-112.
- Duymaz Erkan, "Modern Kölelik Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme", *Legal Hukuk Dergisi*, C.11 S. 123, Mart 2013, s. 67-104.
- Karan Ulaş, "Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasası, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Karşılaştırmalı Analiz", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 67 C.2, 2018, s. 415-462.
- Kuyucu Nisan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İnsan Ticareti: Rantsev ve Sonrası", *FE Dergi: Feminist Eleştiri* 9, S. 2, 2017, s. 30-43.
- Şirin Tolga, "AİHM ve İHAM Kısıltmaları Üzerine", <https://www.tolgasirin.com/post/i-ham>, E.T. 19.11.2020.

Mahkeme Kararları

- HCA, The Queen v. Tang [2008] HCA 39, 28.08.2008.
- ICTY, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač ve Zoran Vuković, IT-96-23 and 23/1, IT-96-23 and 23/1, 22.02.2001.
- ICTY, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač ve Zoran Vuković, (Chamber Judgement) IT-96-23 and 23/, IT-96-23 and 23/1, 12.06.2002.
- İHAM, Chowdury ve Diğerleri v. Yunanistan, 21884/15, 30.03.2017, (final 30.06.2017).
- İHAM, Ould Barar v. İsveç, 42367/98, 19.01.1999.
- İHAM, Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya, 25965/04, 07.01.2010.
- İHAM, Siliadin v. Fransa, 73316/01, 26.07.2005.
- İHAM, Soering v. Birleşik Krallık, 14038/88, 07.07.1989.

ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÇOCUĞUN EĞİTİM (NİTELİKLİ EĞİTİM) HAKKINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

AN ASSESSMENT ON THE CHILD'S RIGHT TO EDUCATION (QUALITY EDUCATION) UNDER THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD

Ahmet AYAR*

Özet: Bu çalışmada çocuk haklarının temelini oluşturan çocuğun eğitim hakkı Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bu değerlendirme yapılırken eğitim biliminin ışığında eğitim ve nitelikli eğitim kavramları da açıklanmaya çalışılmıştır. Yine eğitimde çocuk hakkı denilince toplumun genel algısının okula gidebilmek ile sınırlı olmaması gerektiği, eğitimin içeriği ve nasıl verildiğinin de bu hakkın kapsamında olduğu hususunda değerlendirmelerde bulunulmuştur. Ayrıca nitelikli eğitim hakkına ilişkin tespitler ve eleştiriler yapılmaya, konuya ilişkin öneriler sunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Eğitim Hakkı, Gelişme Hakkı, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Nitelikli Eğitim

Abstract: In this study; the child's right to have education, which is one of the basic child rights has tried to be evaluated within the scope of the United Nations Convention on the Rights of the Child. While making this assessment, the concepts of education and quality education have explained in the light of educational science. When it comes to the child's right to education, it has been evaluated that the general perception of the society should not be limited to being able to go to school, and that the content of education and how it is given are also within the scope of this right. In addition, this study includes our determinations, criticisms, and a few comments on right to quality education.

Keywords: Right to Education, Right to Development, Convention on the Rights of the Child, Quality Education

* Dr. Öğr. Üyesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ahmet.ayar@khas.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5623-3418, Makalenin Gönderim Tarihi: 13.10.2021, Kabul Tarihi: 13.10.2021

I. GİRİŞ

Bugün 7,8 milyar olduğu tahmin edilen dünya nüfusunun 2,2 milyarını çocuklar oluşturmaktadır. Türkiye’de ise 83 milyonluk nüfusun %27,2’si, yani 22 milyon 750 bini çocuk nüfusundan oluşmaktadır.¹ Çocuklar toplumun geleceğidir.² Onların bedensel, ruhsal, zihinsel, sosyal ve ahlaki yönden gelişmesi sadece çocuğu ve ailesini değil, toplumu da ilgilendirmektedir.³ Gerçekten de çocuğun sağlıklı gelişmesini ve yetişmesini sağlama yalnızca anne babanın değil devletin de görevidir. Bu husus Anayasa’mızın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bu hükme göre, aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasındaki eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle annenin ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Bu düzenlemenin hemen ardından Anayasa’mızın “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddesinde çocukların yaşatılması, geliştirilmesi ve korunmasına ilişkin “eğitim hakkı” düzenlenmiştir. Bu hükme göre özetle, kimse eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. İlköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve devlet okullarında parasızdır. Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre,

¹ Söz konusu istatistik için bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatis-tiklerle-Cocuk-2020-37228> (Erişim tarihi: 16.12.2021).

² Gelişmiş toplumlarda çocuğa bakış geleneksel tutumlara göre değişme yolundadır. Yakın zamana kadar çocuk “küçük, eksik, tamamlanmamış bir yetişkin” olarak görülür ve çocukluk çağına da bir an önce “geçmesi gerekli” bir dönem gözüyle bakılırdı. Oysa bugün artık çocuk, kendine özgü gereksinimleri, kendi mantığı, kendi ölçüleri, kendi bütünlüğü olan, kusursuz bir varlık olarak görülmeye, çocukluk çağıının da onun gelişmesinde çok önemli işlevi bulunduğu anlaşılmaya başlanmıştır. Bu sebeplerle, toplumların geleceklerinin teminatı olan çocukların sahip oldukları haklara ilişkin, ulusal ve uluslararası mevzuatta birçok hukuki düzenlemeye rastlanmaktadır. Çocuk hukuku, adından da anlaşılabilir gibi, çocuklarla ilgili hukuk kurallarından, ayrıca bu kuralların uygulanmasından ve öğretisinden oluşur. Bu hukukun Medeni Kanun ya da Ceza Kanunu benzeri özel bir külliyyatı (kodü), hatta bizdeki Tüketiciyi Koruma Kanunu ya da Batı’daki gibi Gençliği Koruma Kanunu gibi özel bir yasası yoktur. Bu hukuk dalı, değişik külliyyatlara ve yasalara dağılmış tek tek, ayrı ayrı kuralların öğretilerinde derlenip toplanmasından oluşmuştur. Bu hususta bkz. Rona Serozan, “Çocuk Hukuku”, İstanbul 2017, s. 1 vd; Emine Akyüz, “Çocuk Hukuku”, Ankara 2020, s. 1 vd.

³ Ali Naim İnan, “Çocuk Hakları Beyannamesi İlkelerinin Türk Hukuk Sistemine Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl 1968, s. 201.

Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz. Devlet maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin öğrenimlerini sürdürebilmek amacıyla burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları (bilhassa engelli çocukları)⁴ topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.

Görüldüğü üzere, Anayasa'mız çocuğun eğitim hakkını korumuş ve onun kendisine ve topluma yararlı bir kişi olarak hazırlanmasını sağlayıcı genel ilkeleri belirlemiştir.

Türk Medeni Kanunu'nda da ana-baba çocuk ilişkileri ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Medeni Kanun'a göre, ana-baba, çocukların bakımını, eğitimini sağlamak, onların yüksek yararlarına uygun kararları almak ve uygulamakla yükümlüdürler (TMK 185, 327, 328, 339, 340, 346, 350).⁵

Milli Eğitim Temel Kanunu'nda⁶ ise Türk milli eğitiminin genel amaç ve ilkeleri ile eğitim sisteminin genel yapısını düzenleyen hükümler yer almaktadır.

Bilindiği üzere çocuk haklarına ilişkin düzenlemeler en geniş kapsamıyla ülkemizin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde⁷ yer almaktadır. Çocuğun eğitim hakkı da bu uluslararası sözleşmede ayrıntısıyla ele alınmıştır. Tabii burada asıl mesele söz konusu eğitim hakkının içeriğinin 21. yüzyıl gereksinimleri doğrultusunda nasıl yorumlanması gerektiğidir. Gerçekten de eğitimde çocuk hakkı denilince toplumun genel algısının "okula gidebilmek" ile sınırlı olmaması gerekir. Zira eğitimin "içeriği ve nasıl verildiği" de bu hak-

⁴ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Selda Çağlar, "Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuk Sisteminde Engellilerin Eğitim Hakkı ve Devlet Yükümlülükleri", İstanbul 2009, s. 1 vd.

⁵ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Sevgi Usta, "Velayet Hukuku", İstanbul 2016, s. 277 vd; Mehmet Erdem/İsmail Dede, "Türk Medeni Kanunu Kapsamında Çocuğun Eğitim Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlarına İlişkin Değerlendirmeler", Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması (Editörler: Aslı Makaracı Başak/Seda Öktem Çevik/Gülen Sinem Tek), Ankara 2021, s. 251-266.

⁶ RG. 24.6.1973, Sayı: 14574.

⁷ Uluslararası hukukta çocuk haklarını düzenleyen temel yasal metin Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'dir. Çocuk Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiş ve 2 Eylül 1989 tarihinde oybirliği ile kabul edilmiştir.

kın kapsamındadır. Biz bu çalışmada nitelikli eğitim hakkına ilişkin tespitler ve eleştiriler yapmaya, konuya ilişkin öneriler sunmaya çalışacağız. Ancak önce eğitim biliminden de faydalanarak “eğitim” ve “nitelikli eğitim”⁸ kavramlarını açıklamaya çalışacağız.

II. EĞİTİM VE ÖZELLİKLE NİTELİKLİ EĞİTİM KAVRAMI

Eğitim, genellikle davranış değiştirme süreci olarak tanımlanır.⁹ Bunun dışında eğitimle ilgili farklı tanımlar da mevcuttur. Örneğin, Eflatun’a göre eğitim, insana en iyi olgunluğu vermektir. J. J. Rousseau’ya göre eğitim, çocukları yetiştirmek ve insan yapmak sanatıdır. Durkheim’a göre eğitim, yetişmiş kuşağın birikimlerini yetiştirmekte olan kuşağa yöntemli bir biçimde aktarmasıdır. Kant’a göre eğitim, insanın tabiatında bulunan gizli bütün kabiliyetlerin geliştirilmesidir.¹⁰ Görüldüğü üzere, bugüne kadar eğitimin kesin ve net bir tanımı yapılmadığı gibi neredeyse eğitimci sayısı kadar eğitim tanımı vardır. Ancak eğitime ilişkin tüm bu tanımlara baktığımızda, eğitimin bir yönlendirme ve yetiştirme bilimi olduğunu görürüz.¹¹ Gerçekten de bunu dikkate alan devletler Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ile çocukların yetiştirilmesi konusunda evrensel kurallar belirleme yoluna gitmişlerdir.

⁸ 2015 yılında düzenlenen Sürdürülebilir Kalkınma Programında (UNDP), Birleşmiş Milletlere üye 193 ülke, dünyada yoksulluğun bütün boyutları ile yok edilmesi ve tüm insanlığın refahının oluşturulması için 169 alt başlık içeren, 2030’a kadar belli konular dâhilinde 17 sürdürülebilir kalkınma hedefini kabul etmiştir (UNDP 2015). Sürdürülebilir kalkınma hedefleri kapsayıcı toplumları desteklemeyi, eşitsizliklerle mücadele etmeyi ve iş birliğinin önemini tanımayı amaçlayan evrensel hedefler olarak ortaya çıkmıştır. Bu 17 kalkınma hedefinden biri de “nitelikli eğitim”dir. UNDP 2015 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri için bkz. <http://www.tr.undp.org>. (Erişim tarihi: 16.12.2021); Bu yönde yapılan çeşitli incelemeler için bkz. FatmaAkteş/Sinem Dinçol Özgür/Ayhan Yılmaz, “İlköğretim Programlarının BM 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri Açısından İncelenmesi”, *Karadimas Fen ve Mühendislik Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1, Yıl 2020, s. 61-70; Metin Altunkaynak, “UNESCO 2030 Eğitim Raporunda Umut Veren Uygulamalara Genel Bakış: Doküman İncelemesi”, *Uluslararası Temel Eğitim Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl 2020, s. 40-47.

⁹ Bu hususta farklı tanımlar için bkz. Doğan Cüceloğlu/İrfan Erdoğan, “Öğretmen Olmak”, İstanbul 2016, s. 17 vd.

¹⁰ Tüm bu tanımlar için bkz. Hasan Çelikkaya, “Eğitim Bilimlerine Giriş”, İstanbul 2006, s. 26-27.

¹¹ Çelikkaya, s. 27.

Ne var ki, Sözleşme ile tüm çocuklara tanınan eğitim hakkının içeriğini açmak gerekir. Bilindiği üzere, dünyada birçok ülkede, öğretmen-okul-öğrenci gibi değişkenlerin, özellikle sanayi devriminden sonra sayısal anlamda artış gösterdiği; buna karşılık, niteliği artırmada sürekliliğin sağlanamadığı, hatta nitelik kaybının olduğu görülmektedir.¹²

Kısaca tanımlamak gerekirse, nitelikli eğitim “kapsayıcı”, “eşitlikçi” ve “kaliteli” eğitimidir.¹³ Nitelikli eğitimin ilk unsuru olan kapsayıcılık, çocukların ve gençlerin farklı kültürel, sosyal ve öğrenme geçmişleri göz önünde bulundurularak, hepsine eşdeğer öğrenme fırsatlarının sunulmasıdır. Bir başka deyişle, herkes için kaliteli eğitime eşit erişim imkânı sağlanmasıdır.¹⁴

Tüm bireylerin eğitime dâhil edilmesi anlayışına dayanan kapsayıcı eğitim yaklaşımının temelleri 1950’lerde atılmıştır. Bu dönemde genel olarak, ileri derecede engeli bulunan ya da özel eğitime muhtaç öğrencilerin “özel” eğitim almaları yerine “normal” eğitim süreçlerine dâhil edilmeleri hedeflenmiştir. Bu anlayışla birlikte öğrencilerin, öğretmenlerin, öğrenme ortamlarının, okul yönetimlerinin ve hatta ailelerin engelli ya da özel eğitime muhtaç öğrencilere duyarlı olacak biçimde hazırlanması gündeme gelmiştir.¹⁵

Öte yandan eğitim anlayışında devam eden popüler eğilimler, öğretimde mükemmellik arayışı ve eğitimde demokrasi kavramı, tüm öğrencilere eşit fırsatlar sunulması üzerine yoğunlaşmayı beraberinde getirmiş ve kapsayıcı eğitim daha da önem kazanmıştır. Bu gelişmeler sonucunda kapsayıcı eğitimin ilk defa ortaya çıkışındaki anlamı genişlemiş, engelli veya özel eğitim ihtiyacı olan öğrencilerin ötesine geçmiştir. Kapsayıcı eğitim böylece, bireysel öğrenme farklılıkları, cinsiyet temelli eşitsizlikler, göçmenler, mülteciler, sığınmacılar, kültürel ve toplumsal çeşitliliklere kadar uzanan kavramsal genişliğe ulaşmış-

¹² Oğuz Gürbüzürk, “Eğitimde Nitelik Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 2, Yıl: 1990, s. 729-744.

¹³ Aktaş/Özgür/Yılmaz, s. 62; Altunkaynak, s. 41-42.

¹⁴ Hüseyin Şimşek/Aybike Dağıstan/Cem Şahin/Elif Koçyiğit/Gülen Dağıstan Yalçinkaya/Mehmet Kart/Suna Dağdelen, “Kapsayıcı Eğitim Bağlamında Türkiye’de Temel Eğitim Programlarında Çok Kültürlülüğün İzleri”, *Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 5(2), Yıl 2019, s. 178.

¹⁵ Şimşek/Dağıstan/Şahin/Koçyiğit/Dağıstan Yalçinkaya/Kart/Dağdelen, s. 178-179.

tır. Günümüzde kapsayıcı eğitim, özel gereksinimi olsun ya da olmasın, sosyal, kültürel, eğitimsel ve yaşamsal olanaklara eşit düzeyde erişimde güçlük yaşayan bütün çocukların, akranlarıyla birlikte kişisel gelişimlerini sağlayabilecek eğitim olanaklarından eşit şekilde yararlanması ve bu konudaki engellerin ortadan kaldırılması süreci şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁶

Günümüzde eğitimde kapsayıcılığın en güzel örneği olarak Özlem Türeci ve Uğur Şahin çiftinin Almanya'daki hayat hikayeleri verilebilir. Uğur Şahin, İskenderun'da doğmuş ve dört yaşında iken annesi ile Köln şehrinde Ford fabrikasında çalışan babasının yanına göç etmiş bir göçmen çocuğudur. Çocukluğundan beri doktor olmak isteyen Uğur Şahin, Köln Üniversitesi Tıp Fakültesi'nden mezun olmuştur. Özlem Türeci ise Almanya'da doğmuş ve babası İstanbul'dan göç etmiş bir doktorun çocuğudur.¹⁷ Görüldüğü üzere iki göçmen çocuğu Alman devletinin kapsayıcı eğitim anlayışı yani Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 28. ve 29. maddelerini hayata geçirmesi sayesinde bugün bilim adına çok büyük buluşlara imza atmışlardır.

Nitelikli eğitimin ikinci unsuru olan eşitlik kavramı ise genellikle fırsat eşitliği olarak ele alınmaktadır. Fırsat eşitliği birçok ülkede yaygın olarak kabul edilen bir ilkedir. Bu ilkenin hayata geçirilmesinde en önemli rol eğitim sisteminindir. Fırsat eşitliği tüm bireylere eşit eğitim kaynaklarının ulaşması ya da bireylerin eğitimsel kazanımlarının eşitlenmesi ile sağlanmaktadır.¹⁸ Aslında yukarıda verdiğimiz örneğin içerisinde fırsat eşitliği kavramına da atıf yapmak gerekir. Zira bir çocuğa eşit fırsatlar sunup nitelikli eğitim hakkı tesis edildiğinde bunun semerelerinden sadece o toplum değil tüm insanlık faydalanabilmektedir. Gerçekten de bugün içinde bulunduğumuz toplumun en büyük sorunu eğitimde söz konusu olan eşitsizliklerdir.¹⁹

¹⁶ Şimşek/Dağistan/Şahin/Koçyiğit/Dağistan Yalçınkaya/Kart/Dağdelen, s. 179.

¹⁷ Reyhan Oksay, "Kod Adı: "Yıldırım Hızı Projesi" Ve: 10 ayda yüzde 90 başarılı aşı", *Herkese Bilim Teknoloji Dergisi*, Sayı: 243, 20 Kasım 2020, s. 12-14.

¹⁸ Hasan Tabak, "Türk Eğitim Sisteminde Eğitimde Fırsat Eşitliğine Kurumsal Bakış: Roller ve Sorumluluklar", *Türk Eğitim Bilimleri Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 2, Yıl 2019, s. 372.

¹⁹ Eğitimde eşitliğin sağlanabilmesi için yapılabilecekler hususunda bkz. Tabak, s. 377; Ayrıca bu husustaki farklı çözüm önerileri için bkz. Rifat Okçabol, "Eğitim Hakkı Gerçekleşmeyen Bir İlke", İstanbul 2001, s. 8-9; Kemal Gürüz, "Yirmi Birinci Yüzyılın Başında Türk Milli Eğitim Sistemi", İstanbul 2008, s. 241 vd; Bir tarafta en modern donanımla inşa edilmiş olan okul binalarının içinde konforlu sınıflar-

Oysa Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 28. maddesi çocukların eğitim hakkının fırsat eşitliği temelinde gerçekleşmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Eğer çocuklar eğitim olanaklarına ailelerinin ekonomik durumları, yaşadıkları bölgeler, dinleri, ırkları gibi ayrımlara tabi tutulmadan ulaşabiliyorlarsa işte orada eşitlikten söz edilir. Bunun sonucunda ise, iyi eğitilmiş, yetiştirilmiş ve sağlıklı bireylerden oluşan toplumlarda sosyokültürel gelişmenin ekonomik gelişmeyi beraberinde getirdiği, ekonomik gelişmenin de sarmal şeklinde tekrar sosyokültürel gelişmeye yol açtığını söylemek mümkündür.²⁰ Ancak ne yazık ki günümüzde birçok toplumda eğitim kararlarının alınmasında ailenin ekonomik geliri (gelir esnekliği) önemli bir parametre olmaya devam etmektedir.²¹ Bu da birçok çocuğun eğitim hakkını ihlal etmektedir.

Nitelikli eğitimin üçüncü unsuru ise kalitedir.²² Eğitimde kalite yarınlarımızı oluşturan çocuklarımızın gelişimi için en önemli unsurlardan biridir. Kaliteli eğitim; sürece öğrencinin dâhil edildiği bütünlük bir sistemdir.²³ Eğitimde kalitenin sağlanması sadece öğretilen kalitenin sağlanması ve eğitim sürecinin kaliteli planlanması ile mümkün

dan, konser salonlarından, tiyatro salonlarından, spor salonlarından bahsederken diğer taraftan yetmiş kişinin aynı sınıfta sıkışık bir şekilde oturduğu okula dahi benzemeyen okulların varlığını biliyoruz. Eğitimde toplumsal çelişkiler konusunda bkz. Zehra İpşiroğlu, "Eğitimde Yeni Arayışlar", İstanbul 1997, s. 15 vd; Diğer taraftan pandemi nedeniyle okullar kapandı ve çocuklar uzaktan eğitim sürecine geçtiler. Ne var ki burada da eşitsizlik bir kez daha kendini hissettirdi. Bu eşitsizlik, öğrencilerin uzaktan eğitim sürecinde ihtiyaç duyduğu internet altyapısının yetersizliğinden, araç-gereçlere erişiminden, ev ortamındaki yetersizliklerden ve eksik ebeveyn desteğinden kaynaklanıyor. Özel okullarda okuyan çocukların web tabanlı uzaktan eğitime katılma oranlarının, devlet okullarında okuyanlara göre daha düşük olması, bu eşitsizliklerin bir diğer sonucudur. Bu hususta bkz. Reyhan Oksay, "Pandemi Gençlerin Geleceğini Nasıl Etkileyecek?", *Herkes Bilim Teknoloji Dergisi*, Sayı: 296, 25 Kasım 2021, s. 13-14.

20

Tabak, s. 382.

21

Tabak, s. 374.

22

Bu hususta bkz. Yasemin Büyüksahin/ Ali Ekber Şahin, "Öğretmenlerin Gözünden Eğitimde Kalite Sorunsalı", *Bartın Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 3, Ekim 2017, s. 1136.

23

Avrupa ülkelerinin çoğunda kodlama eğitimi ilkökula inmiş durumda. Estonya 2021'de, İngiltere 2014'te ilkökul seviyesinde öğrencilere kodlama öğretmeye başladı. Kanada'da "kodlama yeni matematiktir" sloganıyla, kodlama matematik müfredatının bir parçası olarak okutuluyor. Bizde ise lise seviyesinde bile kodlama eğitimi birçok okulda seçmeli ders olarak veriliyor. Bu yöndeki tespitler ve eleştiriler için bkz. Lale Akarun, "Dijital Dönüşüm Bir Eğitim Meselesidir", *Herkes Bilim Teknoloji Dergisi*, Sayı: 294, 11 Kasım 2021, s. 3.

değildir. Kaliteden bahsedebilmek için tüm paydaşların sürece dahil olması gerekmektedir. Bu anlamda en önemli paydaşlardan biri de okul ve çevresidir. Okulu yaşayan bir çevre olarak görüp kaliteli okullar oluşturmak elzemdir.²⁴

Tüm bu açıklamaların dışında, bugün dünyadaki birçok ülkenin problemi eğitimin müfredat odaklı takılıp kalması yani çocuklara sadece içerik nakli yapıyor olmasıdır. Oysa çocukların nitelikli eğitim alabilmeleri için sadece içerik nakli yetmez aynı zamanda onların 21. yüzyıl yetkinlikleriyle de donatılmaları gerekir. Eğitimde 21. yüzyıl yetkinliklerinin ne olması gerektiği konusunda yapılan araştırmalarda eğitim öğretim programlarına dahil edilmesi gereken üç başlık öne çıkmaktadır.²⁵

- Öğrenme ve İnovasyon (yaratıcılık, eleştirel düşünme ve problem çözme, iletişim ve iş birliği),
- Bilgi, Medya ve Teknoloji (bilgi okuryazarlığı, medya okuryazarlığı, bilişim ve iletişim okuryazarlığı),
- Yaşam ve Kariyer (esneklik ve uyum sağlayabilirlik, inisiyatif alma ve öz yönlendirme, sosyal ve kültürlerarası yetkinlikler, üretkenlik ve hesap verilebilirlik, liderlik ve sorumluluk).

Dolayısıyla eğitim bilimcilere göre eğitimde asıl mesele içerik (müfredat) nakli değil, yetkinlik kazandırılmasıdır.²⁶

Eğitim hakkının içeriğine ilişkin yaptığımız açıklamalardan sonra Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin eğitim hakkına ilişkin hükümlerini Sözleşme'nin temel ilkeleri doğrultusunda değerlendirmeye çalışacağız.

²⁴ Büyükaşahin/Şahin, s. 1136.

²⁵ Bu yönde bkz. http://static.battelleforkids.org/documents/p21/P21_Framework_Brief.pdf (Erişim tarihi: 16.12.2021); Mehmet Can Sahin, "Instructional Design Principles for 21st Century Learning Skills", *Procedia Social and Behavioral Sciences* 1 (2009), s.1464-1468.

²⁶ Bu yönde bkz. James Bellanca/Ron Brandt, "21st Century Skills, Rethinking How Students Learn", Indiana 2010; Guofang Wan/Dianne Gut, "Bringing Schools into the 21st Century", Dordrecht-Heidelberg-London-New York 2011; Bernie Trilling/Fadel Charles, "21st Century Skills, Learning for Life in Our Times", San Francisco 2009.

III. ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÇOCUĞUN EĞİTİM (NİTELİKLİ EĞİTİM) HAKKI

Uluslararası hukukta çocuk haklarını düzenleyen temel yasal metin Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'dir. Çocuk Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde oybirliği ile kabul edilmiş ve 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, çocukların statüsüne ilişkin evrensel ilkeleri ve kuralları tanımlayan kapsamlı bir belgedir. Çocuk Hakları Sözleşmesi, içerdiği ilkelerle neredeyse dünyadaki bütün ülkelerin onay verdiği en geniş kapsamdaki insan hakları belgesidir. Türkiye Cumhuriyeti bu Sözleşme'yi 09.12.1994 tarihinde onaylamış ve 27.01.1995 tarihinde yürürlüğe sokmuştur.²⁷

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alan ve 54 maddeden oluşan çocuk hakları "yaşama hakları", "gelişme hakları", "korunma hakları" ve "katılma hakları" olmak üzere dört ana grupta toplanabilir.²⁸

"Yaşama hakları", çocuğun yaşama ve uygun yaşam standartlarına sahip olma, tıbbi bakım, beslenme, barınma gibi temel gereksinimlerinin karşılanmasını öngören hakları içerirler.

"Gelişme hakları", çocuğun yeteneklerinin en üst düzeyde gelişmesi için gerekli olan eğitim hakkı, oyun ve dinlenme hakkı, bilgi edinme hakkı, din, vicdan ve düşünce özgürlüğü, bilgi alma hakkı gibi haklardan oluşurlar.

"Korunma hakları", çocuğun her türlü ihmal, istismar ve sömürüye karşı korunmasını sağlayan haklardır. Bunlar yargı sisteminde, silahlı çatışmada, çalışma yaşamında; fiziksel, duygusal, cinsel istismar, madde bağımlılığı ve mülteci çocuklar için özel bakıma ilişkin konularda çocukların korunmasını sağlayan haklardır.

"Katılma hakları", çocuğun ailede ve toplumda etkinlik kazanmasını sağlamaya yönelik, görüşlerini açıklama, kendisini ilgilendiren

²⁷ RG. 27.1.1995, Sayı: 22189; Türkiye Cumhuriyeti Sözleşme'nin 17., 29. ve 30. maddelerine Anayasa ve Lozan Antlaşması çerçevesinde çekince koymuştur; Ayrıca Sözleşme'nin iç hukuk açısından değerlendirilmesi bakımından bkz. Ali Naim İnan, "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, Sayı: 1, Ocak 1995, s. 765-778.

²⁸ Akyüz, s. 6 vd; Hayrunnisa Özdemir/Ahmet Cemal Ruhi, "Çocuk Hukuku", İstanbul 2017, s. 4 vd.

konularda karara katılma, duygu ve düşüncelerini ifade etme, dernek kurma ve toplanma gibi haklardır.

Böylece insan haklarıyla bağlantılı bütün haklar çocuklara tanınmıştır.²⁹

Gelişme hakları içerisinde yer alan eğitim hakkının tüm haklar içerisinde özel bir yeri vardır. Gerçekten de eğitim hakkı diğer hakların bilinmesinde, kullanılmasında, geliştirilmesinde ve korunmasında kolaylaştırıcı bir rol oynar.³⁰ Bu anlamda eğitim hakkı bireylerin yaşam hakkından, düşünce ve ifade özgürlüğü ile seçme hakkına kadar tüm hakların kullanılmasının ön koşuludur. Yaşam hakkının varlığı ve korunması eğitime bağlıdır. Yaşam hakkının yanı sıra çocuğun bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişimi için eğitime ihtiyacı vardır. Eğitim olmadan insanlar sağlıklarına özen gösteremezler, kendilerini ve ailelerini gereği gibi koruyamazlar, üretken biçimde çalışamazlar ve kültürel açıdan zengin bir yaşam sürdüremezler.³¹ Çocuğun eğitim hakkı, gelişme haklarından sayılsa da yaşama, korunma ve katılma haklarının da temelini oluşturur.

Konu toplumun bütünü açısından ele alındığında, bireylerin eğitim hakkının yeterli biçimde gerçekleştirilememesi demokrasiye, toplumsal gelişmeye, uluslararası barışa ve güvenliğe zarar verir. Ayrıca özgürlük, eşitlik ve demokrasi bireyin ve toplumun gelişmesi sağlanmadıkça gerçekleştirilemez.³²

Özetle denilebilir ki, eğitim hakkı çağdaş ve demokratik toplumun gerektirdiği düşünebilen, düşüncelerini özgürce ifade edebilen, girişimci ve araştırmacı, öz denetimini sağlayabilen, kendi haklarına sahip çıkan, başkalarının haklarına, doğaya ve çevreye saygılı, ruhen ve bedenen sağlıklı bireyler yetiştirmek bakımından yaşamsal öneme sahiptir.³³

Uluslararası insan hakları hukuku içerisinde yer alan pek çok bildirge ve sözleşmede bu sebeple eğitim hakkına yer verilmiştir. Fakat bu düzenlemeler içinde eğitim hakkına ilişkin en kapsamlı düzenleme Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'dir.

²⁹ Serozan, s. 53; Akyüz, s. 6.

³⁰ Akyüz, s. 78.

³¹ Akyüz, s. 370.

³² Serozan, s. 53; Akyüz, s. 370.

³³ Akyüz, s. 370.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 28. maddesi çocukların eğitim hakkının fırsat eşitliği temelinde gerçekleşmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda devletlerin başlıca görevleri şunlardır:

- Çocuklara ücretsiz zorunlu eğitimi sağlamak,
- Ortaöğretimi genel ve mesleki olmak üzere çeşitli biçimlerde örgütleyerek tüm çocuklara açık bulundurmak,
- Uygun bütün araçları kullanarak yüksek öğretimi yetenekleri doğrultusunda tüm çocuklara açık duruma getirmek,
- Eğitim ve meslek seçimine ilişkin bilgi ve rehberliği bütün çocuklara ulaştırmak,
- Okulu terk oranlarını azaltmak,
- Okul disiplininin çocuğun onur ve saygınlığı ile bağdaşır biçimde uygulanmasını sağlamak.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 28. maddesinde göçmen ve mülteci çocuklar için eğitim hakkı ayrı olarak ele alınmasa da tüm çocuklar için eğitim hakkının bir hak olduğu belirtilmiştir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 29. maddesinde ise, taraf devletlerin çocuklara eğitim hakkını tesis ederken hangi amaçlar doğrultusunda hareket edecekleri düzenlenmiştir. Buna göre, taraf devletler çocuğun kişiliğinin, yeteneğinin geliştirilmesi, insan haklarına ve temel özgürlüklere karşı saygısının geliştirilmesi, ana-babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, çocuğun yaşadığı veya geldiği menşe ülkenin ulusal değerlerine ve kendisinden farklı uygarlıklara saygısının geliştirilmesi ile tüm insanlara ve doğaya karşı saygılı ve sevgi dolu olması hususunda bir eğitim esası benimserler.³⁴

Çocuk Hakları Sözleşmesi, eğitim plânlaması yapılırken gerek tüm eğitim sistemi gerekse tek tek okullar yapılandırılırken çocuk haklarının temel alınmasını istemektedir. Daha açık bir ifade ile eğitim sistemi; şiddetten arınmış,³⁵ demokrasi ve hoşgörüyü geliştiren,

³⁴ Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 29. maddesinin yorumu için bkz. Beste Gemici Filiz/Zeynep Güler/Merve Akbulut, "Çocuk Hakları Sözleşmesi Madde 29 (1) Çerçevesinde Eğitimin Amaçları", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 100, Mart 2018, s. 225-239.

³⁵ Altunkaynak, s. 42.

öğrencilere yaşamlarını sorumlu yurttaşlar olarak sürdürebilecekleri yaşam becerileri kazandıran ortamlar sağlamalıdır.³⁶ Yaşam becerileri kavramı, birlikte iş yapmayı, uzlaşmayı, iletişim kurmayı, karar vermeyi sağlayacak becerilerin yanı sıra; insanı çağdaş yaşamın sorunlarına karşı hazırlıklı kılacak eleştirel ve yaratıcı düşünce tarzı öğelerini de içerir.³⁷

Sözleşme'nin 29. maddesinin 1. fıkrasıyla getirilen değerlere uygunluk, öğretimin tam anlamıyla öğrenci merkezli olmasını ve tüm açılardan çocukların saygınlığına uygun düzenlenmesini gerektirir.

Çocuk hakları açısından okulun fiziksel çevresi ve eğitim ortamı da önemlidir. Fiziksel çevre ve eğitim ortamı, çocuğun kendini güvende hissetmesine, kendisine değer verilen bir yerde eğitildiğini düşünmesine yardımcı olacak biçimde düzenlenmelidir.

Ancak ülkemizde bilhassa özel okulların büyük bir çoğunluğunun geçici işletme ruhsatları alarak okul olarak inşa edilmemiş binalarda eğitim öğretim faaliyetlerini sürdürdükleri görülmektedir. Yine çocukların büyük çoğunluğu okullarda teneffüste bahçeye çıkıyoruz dediklerinde, tek bir bitkinin, tek bir ağacın olmadığı betonla kaplı alanlarda ders aralarını değerlendirmektedirler. Sadece bu durum bile çocukların nitelikli eğitim hakkına sahip olmadıklarını göstermektedir.

Yukarıda yaptığımız açıklamalara istinaden bu başlık altında belirtmek gerekir ki, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin eğitim hakkını düzenleyen 28. ve 29. maddeleri, Sözleşme'deki tüm hakları kapsayan dört temel ilkeyle birlikte uygulanmalıdır.

Bu ilkelerin hepsi bir eğitim sisteminin ya da belirli bir okulun nasıl şekillendirileceği başta olmak üzere gerek fiziksel çevre gerekse programlar bakımından kapsamlı bir çerçeveye sahiptir. Bu ilkeler şunlardır:

- Ayrım gözetmemek,
- Yaşam ve geliştirme hakkını gerçekleştirmek,
- Çocuğun yüksek yararını korumak ve haklarına öncelik tanımak,
- Çocuğun görüşlerine önem vermek.

³⁶ Akyüz, s. 79.

³⁷ Akyüz, s. 79.

A. ÇOCUĞA AYRIMCILIK YAPMA YASAĞI

Bilindiği üzere Çocuk Hakları Sözleşmesi aslında bütünüyle bir eşitlik manifestosudur.³⁸ Şöyle ki, bu Sözleşme çocukları sırf yaşlarının küçüklüğünden dolayı sadece büyüklerle eşdeğer bir özne düzeyine çıkarmayıp aynı zamanda onları kendi aralarında da eşit tutmayı amaçlar.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin ayrımcılığı yasaklayan 2. maddesine göre, Sözleşme'deki haklardan her çocuk ayırım gözetilmeksizin yararlanır. Kendileri, ana-babaları ya da vasilerinin sahip oldukları ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, engellilik, doğuş ve diğer statüler nedeniyle çocuklar arasında ayırım yapılamaz.

Burada sınırlayıcı ayrımcılık ölçütleri (ırk, renk, cinsiyet vb.) söz konusu değildir. Dolayısıyla ayrımcılığa yol açabilecek başka ölçütler de göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, bölge, kırsal, kent kesimleri gibi.³⁹

Görüldüğü üzere, Sözleşme'de, çocuğun ana babasının, vasisinin veya diğer aile üyelerinin durumları, faaliyetleri, düşünceleri ve inançları nedeniyle ayrıma veya cezaya tabi tutulması da yasaktır. Örneğin, çocuklar ana babalarının evlilik durumları nedeniyle onlara karşı bazı haklardan yoksun bırakılarak cezalandırılmamalıdır. Çocukların hakları, özellikle eğitim hakları ana babalarının dini inançları veya sosyo-ekonomik durumları nedeniyle tehlikeye düşürülmemelidir.

Bu başlık altında bir örnek vermek gerekirse, ülkemizde özel okulların bu kadar yoğun olmadığı 1980'li, 1990'lı yıllarda toplumda her kesimden çocuk aynı sınıfta, aynı sıralarda, aynı eğitimi görüyorlardı. Zira o dönemde, toplumun genelinde, kimin anne-babasının ne iş yaptığına, ekonomik durumunun ne olduğuna bakılmaksızın ayrımcılığa tabi olmadan -eğitimin niteliği tartışılabilir- çocuklar eşit eğitim imkanlarına sahipti. Bu da toplumda herkese eğitimde fırsat eşitliği sunulduğunun göstergesiydi. Bugün toplumda maalesef çocuğa eğitim hakkının tesisinde ailenin ekonomik geliri baş rolü oynamaktadır.

³⁸ Serozan, s. 60.

³⁹ Akyüz, s. 50; Özdemir/Ruhi, s. 23.

Gerçekten de Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi Anayasa'mızın 10. maddesi ile koşturur.⁴⁰ Zira AY. 10'a göre, herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, inanç, din mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşittir. Hiçbir kişiye imtiyaz tanınamaz. Resmi makamlar da yasa önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmelidirler.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 28. maddesinde, eğitimin bütün çocuklar için gerekli olduğu kabul edilmektedir. Madde bu hakkın "fırsat eşitliği" temelinde gerçekleşmesi gerektiğini vurgulayarak, aslında çok sayıda çocuğun, eğitime erişimde ayrımcılığa maruz kaldığına işaret etmektedir.⁴¹

Ayrımcılık, bütün insanların haklara ve özgürlüklere eşit biçimde sahip olmalarını, bu haklardan eşit biçimde yararlanmalarını önleme amacını taşıyan ya da fiilen bu sonucu veren herhangi bir ayırım, dışlama, kısıtlama ya da tercih yapılmasıdır. Ancak haklar ve özgürlüklerden eşit biçimde yararlanma her durumda aynı tutumun alınması anlamına gelmez. Dolayısıyla ayırım gözetmeme ilkesi belirli özelliklere sahip çocuklara yönelik tutum ve davranışlarda olumlu ayrımcılığı yani hak eşitsizliğini düzeltici eylemleri engellemez. Bu tür farklılaşmaların ölçütleri makul ve nesnel, ayrıca Çocuk Hakları Sözleşmesi çerçevesinde olumlu bir amaca yönelikse benimsenen tutumlardaki farklılaşma ayrımcılık anlamına gelmez. Örneğin engelli çocuklara farklı muamele yani olumlu ayrımcılık yapılarak diğer çocuklarla eşitlik fiilen gerçekleştirilebilir.⁴²

Bu başlık altında son olarak belirtmek gerekir ki, günümüzde kadına yönelik ayrımcılık yadsınamayacak boyutlardadır. Bu durum, daha çocukluk döneminde, toplumsal ve kültürel gelenekler nedeniyle, aile ve toplumun, kız çocuğa erkek çocuktan daha az olanaklar (bilhassa eğitim hakkının tesisi konusunda) tanınmasıyla başlamaktadır. Birçok toplumda görülen erkek çocuk lehindeki bu tutum, kız çocuğun ihmal ve sömürüye uğramasına yol açmakta ve kadının toplumdaki statü-

⁴⁰ Serozan, s. 60.

⁴¹ Tuğçe Işıksal Apaydın, "Türk Milli Eğitim Sisteminde Eğitim Hakkı ve Çocuk Hakları Sözleşmesi", Ankara 2018, s. 25.

⁴² Akyüz, s. 50-51; Özdemir/Ruhi, s. 23.

sünü düşürmektedir.⁴³ Bu sebeple kız çocuklarını, sosyal, ekonomik, politik ve kültürel liderliğin her düzeyine erkek çocuklarla eşit, etkin ve faal bir biçimde katılmaya hazırlayacak girişimlerde bulunmak şarttır.⁴⁴ Aksi taktirde Çocuk Hakları Sözleşmesi ile ulaşılmak istenen hedefe hiçbir zaman ulaşılamayacaktır.

B. ÇOCUĞUN YAŞAMA VE GELİŞME HAKKI

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde çocuğun temel yaşama hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, taraf devletler, çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için her türlü çabayı göstermekle yükümlü tutulmuştur; ayrıca, çocuğun yaşama ve maddi manevi varlığını geliştirme hakkı ile ilgili çeşitli hükümlere yer verilmiştir (m. 4, 12, 13, 14, 19, 26, 27, 28, 31).

Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni onaylayan her devlet çocukların yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarını gerçekleştirmek için aşağıdaki görevleri yerine getirecektir:

- Her çocuğun doğuştan sahip olduğu yaşama hakkını tanıyacak, çocuğun yaşaması ve gelişmesini en geniş ölçüde güvenceye alacaktır.
- Çocukların kendi esenlikleriyle bağdaşan her türlü bilgiye ulaşma haklarını güvenceye alacaktır.
- Çocuğu yetiştirmenin ilk önce ana babaya ait olduğu esnasından hareket ederek, onlara bu doğrultuda gerekli desteği sağlayacaktır.
- Çocuğun mümkün olan en üst sağlık standardına ulaşmasına özen gösterecektir. Temel ve önleyici sağlık bakımına ve çocuk ölümlerinin azaltılmasına özel önem verecektir.
- Bütün çocuklara en azından ilköğretim düzeyinde ücretsiz ve zorunlu eğitim olanakları sağlayacaktır.
- Çocuğun kişiliğinin ve becerilerinin, yetişkin olduğunda etkin bir yaşam sürmesini sağlayacak biçimde geliştirilmesine yönelik eğitim verecektir.

⁴³ Akyüz, s. 51.

⁴⁴ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Demet Özdamar, "Türk Kadın Hukuku Mevzuatı", Ankara 2012, s. 810.

- Çocukların boş zaman, oyun, kültürel ve sanatsal etkinliklere katılma haklarını gerçekleştirecektir.

Bu haklar, yaşama hakkının en önemli parçası olan, yaşamak için elverişli bir ortamın sağlanmasını güvenceye alan ve Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çeşitli maddelerinde özel olarak düzenlenen haklardır. Çünkü, sadece yaşama hakkının sağlanması yeterli değildir. Özellikle çocuklar söz konusu olduğunda, onları yaşatmaya yönelik çabalar, kurtarılan yaşamları geliştirme ve insan onuruna yaraşır bir yaşam sürdürme yönündeki çabalarla birlikte yürütülmelidir.⁴⁵

Çocuğun yaşama ve gelişme hakkının en önemli parçası eğitim hakkıdır. Burada çocuğun hem eğitim hakkına hem de yaşama ve gelişme hakkına müdahale teşkil edebilecek bir düzenlemeden bahsetmek gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun 124. maddesine göre, erkek veya kadın 17 yaşını doldurmadıkça evlenemez (TMK 124/I). Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple 16 yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak buldukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir (TMK 124/II).⁴⁶ Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre, 18 yaşına kadar her insan çocuktur. Dolayısıyla lise eğitimi çağında bulunan 17 veya

⁴⁵ Akyüz, s. 52-53.

⁴⁶ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi kabul edilirken, ülkemizin özelliği göz önünde bulundurularak, erkekler için 18, kadınlar için 17 yaşın doldurulması aranmıştı. Bu, gerçeğe uymamış, İslam Hukukunun evlenme için buluş çağına erişmeyi arayan esasına almış halkın ihtiyacına cevap vermemiştir. Bunun üzerine eski MK 88, 1936 yılında bir kanun ile değiştirilerek, kadının 15, erkeğin ise 17 yaşını doldurunca evlenmesi kabul edilmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda, TMK 124'ün her iki cins için de evlenme yaşını 17 olarak öngörmesi, özellikle kadınlar yönünden Gerekçe'de şöyle açıklanmaktadır: "Küçük yaştaki kızların evlendirilmesinin gerek biyolojik gerek psikolojik açıdan olumsuz etkiler gösterdiği günümüzde tartışmasız olarak kabul edilen gerçektir. Daha ortaöğretim çağında bulunan on beş yaşındaki bir küçüğün evlenmesine izin vermemek gerekir. Ülkemizde Medeni Kanun'un kabul edilmesinden bu yana bu konuda halkın bilinçlendiği ve eğitildiği göz önünde tutulmak suretiyle önemli bir kurum olan aile hayatının kurulmasında kadınlar için onbeş yaşın bitirilmesi yeterli görülmemiştir. Bu konuda bu kadar küçük yaşta evlenme yaşı itibariyle ayrım erkek ve kadın arasında yapılmasının da anlamlı olmadığı kabul edilmelidir. Bu sebeple evlenme yaşı erkek ve kadın için on yedi yaşın bitirilmesi olarak kabul edilmiştir". Eski MK 88/II'de hâkim izni ile evlenmek için, erkeğin 15, kadının 14 yaşını doldurması aranıyordu. TMK 124/II'nin gerekçesinde, olağan evlenme yaşı için ileri sürülen düşüncelerin aynısıyla, olağanüstü evlenme yaşının yükseltildiği belirtilmiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Dural/Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, "Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku", İstanbul 2019, s. 49-50.

16 yaşındaki çocukların evlenmesine bir yasal düzenleme ile müsaade etmemek gerekir.⁴⁷ Son olarak belirtelim ki, mehz İsviçre Medeni Kanun'unda (ZGB) 1995 yılında yapılan isabetli bir değişiklik ile evlenme yaşı her iki cins için de 18 olarak belirlenmiştir (ZGB 94)⁴⁸.

C. ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARINA ÖNCELİK TANINMASI

Çocuğun yüksek yararına öncelik tanınması ilkesi Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin en temel ilkesidir. Gerçekten de idare hukukunda "kamu yararı" neyse, çocuk hukukunda da "çocuk yararı" odur⁴⁹.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre, yasama organları, yönetsel makamlar, mahkemeler, sosyal yardım kuruluşları ve ana babalar tarafından çocuklarla ilgili olarak yapılan tüm faaliyetlerde çocuğun yararı göz önünde tutulacaktır.

Buna göre çocuğun söz konusu olduğu her durumda karar vericiler (anne, baba, vasi, öğretmen, okul yöneticileri, hâkim, savcı, polis, hekim, sosyal hizmet uzmanı), çocukların yararına ya da zararına ileride doğurabileceği ekonomik, sosyal, kültürel ve psikolojik sonuçlarını düşünmeden çözüm üretmemelidir.

Diğer taraftan, çocuğun yüksek yararı kavramı ne kanunlarda ne de Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde tanımlanmamıştır. Çocuk yararı, birden fazla alanı ilgilendiren ve zamana göre değişkenlik gösteren bir kavramdır.⁵⁰ Dolayısıyla Kanun koyucular haklı olarak bu alanda bir tanım yapmaktan kaçınmaktadırlar. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin ifadesiyle çocuğun yararı kavramı, çerçevesi esnek, hâkimin takdirine açık, somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmesi gereken bir kavramdır.

⁴⁷ Bu yöndeki haklı bir eleştiri için bkz. Ebru Ceylan, "Türk ve İsviçre Hukukunda Evliliğin Şartları ile İlgili Değerlendirmeler", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 1, Ocak 2021, s. 14-15.

⁴⁸ Lukas Iseli, "ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK- Orell Füssli Kommentar", Zürich 2016, s. 240-242; Stephan Keller, "Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG", Zürich 2016, s. 332-333; Alman Medeni Kanunu'nun 1303. maddesinde de "evlenmeye erginlik" şartı vardır. Bu şarta göre evlenecek kişi kural olarak 18 yaşını doldurmuş olmalıdır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. MAJER, Christian Majer/Tülay Schmid, "Reşit Olmayan Kişilerin Evlilik Konusunun Almanya'da Ele Alınışı", *Hukuk Köprüsü*, Cilt: 6, Sayı: 13, Aralık 2017, s. 65-74.

⁴⁹ Serozan, s. 65.

⁵⁰ Akyüz, s. 53.

Çocuğun yüksek yararı ve bu yararın önceliği kavramı, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde temel ilke olarak belirtildikten sonra, diğer maddelerde de yer almaktadır. Örneğin, velayetin kullanılmasında, çocuğa bakma, onu yetiştirme ve temsil görevlerinin yerine getirilmesinde, evliliğin sona ermesi durumunda çocuğun anneye mi, babaya mı yoksa her ikisine birden mi verileceğinin belirlenmesinde, velayete ya da bakım hakkına sahip olmayan tarafla kişisel ilişkilerinin kurulmasında, evlat edinmede ve çocuğu ilgilendiren pek çok davada çocuğun yüksek yararına öncelik tanınır.⁵¹

Yine çocuğun yüksek yararının korunması sadece özel hukukta değil kamu hukukunda da temel ilkedir. Örneğin aile ortamından yoksun çocukların korunmasında, çocuk adalet sisteminde (suça sürüklenen veya suç mağduru olan, yargı süreci içinde bulunan), öğrenci statüsünde veya çalışma yaşamı içinde bulunan çocuklar gibi, çocuklarla ilgili tüm konularda çocuğun yararı ilgililer için rehber işlevi görür.⁵²

Bu başlık altında TMK 346. maddesine atıf yapmak gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun "Çocuğun Korunması" üst başlığı altında yer alan "Koruma Önlemleri" başlıklı 346. maddesine göre, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, anne baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse, hâkim çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.⁵³ Çocuğun kişiliği, maddede çocuğun menfaat ve gelişimi olarak ifade edilmektedir.⁵⁴ Çocuğun menfaati kavramı, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ndeki "çocuğun yüksek yararı" kavramı ile eşdeğerdir.

Çocuğun menfaatinin (yararının) veya kişiliğinin tehlikeye düşmesi, çocuğa karşı veli veya vasinin yükümlülüklerini ihlal etmesinden bağımsız olarak çocuğun sağlığının, gelişiminin, haklarının tehlikeye düşmesi anlamına gelir.⁵⁵ Tehlikenin varlığı için zararın gerçekleşmesi gerekmez, zarara uğrama olasılığının varlığı önlem alınması için ye-

⁵¹ Akyüz, s. 54.

⁵² Akyüz, s. 54.

⁵³ Hâkim, TMK 4 hükmü çerçevesinde, somut olayın özelliklerini göz önünde tutarak gerekli önlemleri alabilecektir. Bu kapsamda, özellikle, ana ve babaya belirli yönde davranışta bulunma veya belirli davranışlardan kaçınma yönünde talimat verilmesi yer almaktadır. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 367.

⁵⁴ Özge Yücel, "Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili", Ankara 2011, s. 78.

⁵⁵ Yücel, s. 78; Gülçin Elçin Grassinger, "Küçükün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler", İstanbul 2009, s. 67-68.

terlidir.⁵⁶ Çocuğun kişiliği tehlikeye düştüğünde hâkimin çocuğu koruyucu önlem alabilmesi için ek bir koşul daha aranmaktadır, o da anne babanın duruma çare bulamaması veya güçlerinin yetmemesidir. Ancak bu durum anne babadan velayetin alınacağı anlamına gelmez. Böyle bir durumda TMK 346 gereği hâkim çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.⁵⁷

Çocuğun eğitimi konusunda, Türk Medeni Kanunu'nda alınabilecek önlemler arasında İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi eğitim kayyımlığı müessesesi düzenlenmemiştir. Eğitim kayyımlığı, İsviçre Medeni Kanunu'nun 308. maddesinde (ZGB Art.308) düzenlenmiş kendine özgü bir kayyımlık türüdür.⁵⁸ Bu kayyımlığın kendine özgü olması ne temsil ne de yönetim kayyımlığı içinde değerlendirilebilmesinden ileri gelir.⁵⁹ İsviçre Medeni Kanun'u 308. maddesinin 1. fıkrasına göre, koşullar gerektirirse vesayet makamı, ebeveyni çocuğun bakımında öneri ve eylemle desteklemesi için çocuğa bir kayyım atar. Eğitim kayyımlığı, çocuğu anne babasının yanından ayrılmadan ve onlarla iletişim içinde korunmasını sağlayan bir kayyımlık türüdür. Bu fıkra göre atanan kayyım, çocuğun temsilcisi değil, yardımcısı konumundadır. Kayyım, çocuk ve anne babayla etkili biçimde iş birliği yaparak çocuğun eğitimi ve gelişiminde ebeveyne yol gösterir, yardımcı olur ve böylece çocuğun çıkarlarını korur.⁶⁰ Söz konusu düzenleme Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde benimsenen çocuğun yüksek yararına öncelik tanınması ilkesiyle uyumludur.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi Türk Medeni Kanunu'nda eğitim kayyımlığını düzenleyen bir hükme rastlanmamaktadır. Ancak öğre-

⁵⁶ Yücel, s. 78; Elçin Grassinger, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması*, s. 67-68; Mustafa Alper Gümüş, *"Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık"*, İstanbul 2006, s. 179-180.

⁵⁷ Yücel, s. 78.

⁵⁸ Kurt Affolter-Fringeli/Urs Vogel, *"Berner Kommentar, Die elterliche Sorge/der Kinderschutz, Art. 296-317 ZGB- Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB-Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch"*, Bern 2016, s. 500-501; Christoph Häfeli, *"ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füßli Kommentar"*, Zürich 2016, s. 578-581; Yvo Biderbost, *"Personen- und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB-PartG, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht"*, Zürich 2016, s. 1000-1010.

⁵⁹ Yücel, s. 80.

⁶⁰ Yücel, s. 80.

tide bizim de katıldığımız görüşe göre Medeni Kanun'da eğitim kayyımlığı müessesine özel olarak yer verilmemesi bir eksiklik değildir.⁶¹ Zira TMK 346'ya göre, çocuğun yararı ve gelişimi tehlikeye düştüğü takdirde hâkimin gerekli önlemleri alması için çok geniş takdir yetkisi vardır. Hâkim, bu takdir yetkisi kapsamında çocuğun eğitimi, bakımını konusunda anne babaya yardımcı olmak, önerilerde bulunmak ve gerektiğinde haklarını korumak üzere bir eğitim kayyımı atayabilir.⁶² Her ne kadar bu düşüncede olsak da bu konuda tartışmaya mahal vermemek adına Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğun yüksek yararına öncelik tanınması ilkesi ışığında Türk Medeni Kanunu'nda eğitim kayyımlığı müessesesinin açıkça düzenlenmesi isabetli olacaktır.

D. ÇOCUĞUN GÖRÜŞLERİNİN DİKKATE ALINMASI VE KATILIM HAKKI

Çocuğun yüksek yararının korunması ilkesi uyarınca, çocuğun görüşüne saygı duyulması ana kuraldır. Ancak çocuğun yüksek yararı, onun yaşının küçüklüğü ve gecikmede sakınca olması gibi haller çocuğun görüşünün alınmamasına gerekçe teşkil edebilir.⁶³ Yine de ad değiştirmede, okul seçiminde, veli seçiminde,⁶⁴ tıbbi müdahalede, evlatlık olmada hep çocuğun görüşü, hatta yerine göre "oluru" alınmalıdır.⁶⁵

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi çocuklara, kendilerini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme ve dinlenilme hakkını vermiştir. Bu düzenlemeye göre:

⁶¹ Gümüş, s. 185.

⁶² Aynı yönde bkz. Gümüş, s. 185-186; Serozan, s. 292; Bilge Öztan, "Aile Hukuku", Ankara 2015, s. 1145-1146; Karşı yönde bkz. Akyüz, s. 280; Yücel, s. 84; Elçin Grassinger, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması, s. 134; Ancak Yazar'a göre, TMK 346 gereği, hâkim alınacak koruma tedbirlerinin türü ve kapsamı bakımından sahip olduğu geniş takdir hakkı çerçevesinde, çocuğun menfaatinin korunması için uzman danışmanlar ve/veya denetçiler atayabilecektir. Bkz. Elçin Grassinger, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması, s. 134-135.

⁶³ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Gülçin Elçin Grassinger, "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşününün Alınmaması Gereken Durumlar", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 823-846.

⁶⁴ Bu hususta bkz. Ahmet Ayar, "Velayet Hakkının Boşanma Sonrası Verilmesi, Kaldırılması ve Ortak Velayet", Türk Hukukçu Kadınlar Derneğinin 50. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Kitabı, İstanbul 2019, s. 87-100.

⁶⁵ Serozan, s. 68.

- Görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini ifade etme hakkı vardır.
- Çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak görüşlerine önem verilmelidir.
- Çocuğu ilgilendiren adli ya da idari işlemlerde çocuğun doğrudan ya da temsilci aracılığı ile dinlenmesine fırsat verilmelidir.

Sözleşme'nin, düşüncesini özgürce açıklama hakkı (m. 13), düşünce, din ve vicdan özgürlüğü (m. 14), dernek kurma ve barış içinde toplanma hakkı (m. 15), özel yaşamına saygı hakkı (m. 16) ve kitle iletişim araçlarına ve diğer bilgi kaynaklarına erişim hakkı (m. 17) ilişkin maddeleri de çocuğun katılım hakkı ile ilgilidir.⁶⁶

Katılım, bireyin kendi yaşamını ve içinde yaşadığı toplumu etkileyen kararları paylaşma süreci olarak tanımlanabilir. Bu içerikteki katılım demokrasinin de mihenk taşıdır. Katılım hakkı aile içi demokrasinin, genel demokrasi kültürünün ve çocuğun onurlu ve özerk kişiliğinin oluşabilmesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Katılım hakkını düzenleyen 12. madde çocuklara, kendileri veya başkaları için amaçlanan hedefleri hesaba katmaksızın bütün kararları tek başlarına alma hakkını vermez. Katılım hakkı, çocukların hakların öznesi bir birey olduklarının kabulünü ve onların seslerinin duyulmasını engelleyen geleneksel tutumların değiştirilmesini hedefler.⁶⁷

Çocuğun katılım hakkının sağlanabilmesi, çocuğun yaşına uygun bilgi sahibi olmasına, yaratıcı düşünceleri olan çocukların girişimleri için olanak yaratılmasına ve çocuğun yaşı, koşulları, kökeni, yetenekleri ve diğer faktörler düşünülmezsizin eşit muamele görmesine bağlıdır.⁶⁸ Çocuğun söylediklerini ciddi bir biçimde dinlemek, çocuğun deneyimlediklerini fark edebilmek, görüşlerini ve ilgilerini tanımak önemlidir ve çocukların haklarının korunması için bir gerekliliktir. Bu gereklilik, çocukların kendi haklarının kendi kendilerine farkında olamamaları ve yalnız başlarına savunamayacak olmaları nedeni ile yetişkinlerin sorumluluğundadır, bununla birlikte çocukların katılım

⁶⁶ Akyüz, s. 60;

⁶⁷ Akyüz, s. 60.

⁶⁸ Sultan Şahin/Oğuz Polat, "Türkiye'de ve Dünyadaki Gelişmiş Ülkelerde Çocuk Katılım Hakkı Algısının ve Uygulamalarının Karşılaştırılması", *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 4, No: 1, 2021, s. 278.

hakkının günlük aktivitelerine göre nasıl şekilleneceği önemli bir diğer noktadır. Örneğin 5 yaşındaki bir çocuk için anaokulundaki öğretmenin sorduğu soruya cevap verebilme hakkı iken, 16 yaşındaki bir çocuk için okulunda öğrenci temsilcisi olmak için aday olmak ve kendi propagandasını yapmak olabilir.⁶⁹

Çocuğun görüşünün dikkate alınması ve katılım hakkının sağlanması, çocukların gelecekte daha demokratik bir toplum inşa etme olasılıklarını kuvvetlendirir. Katılımcı demokratik yapı ve çoğulcu bir toplumun oluşmasına katkıda bulunan en önemli sivil toplum kuruluşlarından biri de derneklerdir. Bu bağlamda Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinde düzenlenen çocukların dernek kurma hakkına paralel 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun⁷⁰ 3. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, 15 yaşını bitiren ayırt etme gücüne sahip çocukların yasal temsilcilerinin izni ile çocuk dernekleri kurabilmesine veya kurulmuş çocuk derneklerine üye olabilmelerine olanak tanınmıştır. Yine Dernekler Kanunu'nun 3. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, 12 yaşını bitiren çocuklar yasal temsilcilerinin izni ile çocuk derneklerine üye olabilirler. Türkiye'de şu an itibariyle 15 tane çocuk derneği vardır⁷¹. Yaklaşık 22 milyon 750 bin çocuğun yaşadığı bir ülkede çocukların demokrasi ve iş birliği kültürünü öğrenmeleri adına bu sayı olması gerekenin çok altındadır.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yukarıda yaptığımız açıklamalarda bir toplumun gelişmesinde çocuklara nitelikli eğitim hakkı tesis etmenin ne kadar önemli olduğuna atıf yapmaya çalıştık. Gerçekten de Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 28. ve 29. maddelerinin eğitim bilimindeki gelişmelerden de faydalanarak hayata geçirilmesi yaşamsal bir öneme sahiptir. Tabii bunun için öncelikle toplumların bir öz eleştiri ve bir durum değerlendirmesi yapmaları gerekir. Bu doğrultuda 17. yüzyılda yaşanan bilimsel devrimin önemli kahramanlarından Francis Bacon'ın; "Nedenin bilinmemesi sonucu olumsuz yönde etkiler" sözü çok anlamlıdır.

⁶⁹ Şahin/Polat, s. 278.

⁷⁰ RG. 23.11.2004, Sayı: 25649.

⁷¹ Bu hususta dernek sayılarına ilişkin istatistikler için bkz. <https://www.siviltoplum.gov.tr/derneklerin-faaliyet-alanlarına-gore-dagilimi> (Erişim tarihi: 07.01.2022).

Bu anlamda bir örnek vermek gerekirse, TÜİK'in "Dış Ticaret İstatistikleri, Mayıs 2021" raporuna göre ihracatımızda yüksek teknoloji ürünlerin payı yüzde 2,7'yi oluşturmaktadır.⁷² Türkiye pek çok ürün ihraç etmektedir. Bunların içinde tarım ürünü, tekstil ürünü gibi düşük teknoloji ürünler, beyaz eşya ve otomobil gibi orta teknoloji ürünler ve az da olsa, ilaç, bilgisayar ve çipleri gibi yüksek teknoloji ürünler de vardır. Bilindiği üzere yüksek teknoloji ürünlerin katma değeri fazladır. Bu ürünlerin ihraç edilmesi daha çok kazandırır ve bunları üreten, satan ülkeler zenginleşir. Peki yüksek teknoloji yani yüksek katma değerli ürün nasıl üretilir?⁷³ Buna ilişkin birçok faktör olduğu bilinmektedir: Ar-ge harcamaları, sermayeye erişim, dışa açıklık, uluslararası tedarik zincirlerinde yer alma, yabancı yatırımlar. Ancak bir faktör var ki işte en önemlisi odur: "Beşerî sermaye" yani "nitelikli iş gücü". İşte bunu da ancak bilimin ışığında çocuklarımıza vereceğimiz çağdaş ve nitelikli bir eğitimle sağlayabiliriz.

Nihayet, geleceğimiz olan çocuklarımıza vereceğimiz eğitim sadece akademik eğitimden ibaret olmamalıdır. Araştırmalara göre dünya genelinde bilinen 357 kaplumbağa türünün 171'inin soyunun tükenme tehlikesiyle karşı karşıya olduğu,⁷⁴ dünyanın en büyük 8 orman yangının son 10 yılda çıktığı,⁷⁵ hükümetlerin zorunlu kılmasıyla birlikte, dünyada fabrikaların 2020'de 52 milyar tek kullanımlık yüz maskesi ürettiği ve bunların 1.6 milyarının okyanuslarımıza girdiği tahmin edilmektedir.⁷⁶ Dolayısıyla toplumların geleceği olan çocuklarımıza akademik eğitim vermenin yanı sıra evrene, doğaya ve diğer tüm canlılara daha duyarlı ve saygılı olmayı da öğretmeliyiz.

⁷² İstatistik için bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Dis-Ticaret-Istatistikleri-Mayis-2021-37417> (Erişim tarihi: 16.12.2021).

⁷³ Bu hususta yapılan güzel bir inceleme için bkz. Lale Akarun, "Niye Yüksek Teknoloji Ürün Üretemiyoruz?" *Herkes Bilim Teknoloji Dergisi*, Sayı: 297, 4 Aralık 2021, s. 8.

⁷⁴ Bu hususta bkz. <https://www.revistas.usp.br/phylo/article/download/193661/178745> (Erişim tarihi: 04.12.2021).

⁷⁵ Bu hususta bkz. <https://scitechdaily.com/worlds-eight-worst-wildfire-weather-years-on-record-happened-in-the-last-decade/> (Erişim tarihi: 16.12.2021).

⁷⁶ Bu hususta bkz. <https://listelist.com/maske-okyanus-cevre-kirliligi/> (Erişim tarihi: 16.12.2021).

Kaynakça

Kitaplar

- Affolter-Fringeli Kurt/Vogel Urs, "Berner Kommentar, Die elterliche Sorge/der Kinderschutz, Art. 296-317 ZGB-Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB-Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch", Bern 2016.
- Akyüz Emine, "Çocuk Hukuku", Ankara 2020.
- Bellanca James/Brandt Ron, "21st Century Skills, Rethinking How Students Learn", Indiana 2010.
- Biderbost Yvo, "Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB – PartG, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht", Zürich 2016.
- Cüceloğlu Doğan/Erdoğan İrfan, "Öğretmen Olmak", İstanbul 2016.
- Çağlar Selda, "Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuk Sisteminde Engellilerin Eğitim Hakkı ve Devlet Yükümlülükleri", İstanbul 2009.
- Çelikkaya Hasan, "Eğitim Bilimlerine Giriş", İstanbul 2006.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, "Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku", İstanbul 2019.
- Elçin Grassinger Gülçin, "Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler", İstanbul 2009.
- Gümüş Mustafa Alper, "Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık", İstanbul 2006.
- Gürüz Kemal, "Yirmi Birinci Yüzyılın Başında Türk Milli Eğitim Sistemi", İstanbul 2008.
- Häfeli Christoph, "ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar", Zürich 2016.
- Iseli Lukas, "ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK- Orell Füssli Kommentar", Zürich 2016.
- Işıksal Apaydın Tuğçe, "Türk Milli Eğitim Sisteminde Eğitim Hakkı ve Çocuk Hakları Sözleşmesi", Ankara 2018.
- İpşiroğlu Zehra, "Eğitimde Yeni Arayışlar", İstanbul 1997.
- Keller Stephan, "Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG", Zürich 2016.
- Okçabol Rıfat, "Eğitim Hakkı Gerçekleşmeyen Bir İlke", İstanbul 2001.
- Özdamar Demet, "Türk Kadın Hukuku Mevzuatı", Ankara 2012.
- Özdemir Hayrunnisa/Ruhi Ahmet Cemal, "Çocuk Hukuku", İstanbul 2017.
- Öztan Bilge, "Aile Hukuku", Ankara 2015.
- Serozan Rona, "Çocuk Hukuku", İstanbul 2017.
- Trilling Bernie/Charles Fadel, "21st Century Skills, Learning for Life in Our Times", San Francisco 2009.
- Usta Sevgi, "Velayet Hukuku", İstanbul 2016.
- Wan Guofang/Gut Dianne, "Bringing Schools into the 21st Century", Dordrecht-Heidelberg-London-New York 2011.
- Yücel Özege, "Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili", Ankara 2011.

Makaleler

- Akarun Lale, "Dijital Dönüşüm Bir Eğitim Meselesidir", *Herkese Bilim Teknoloji Dergisi*, Sayı:294, 11 Kasım 2021, s. 3.
- Akarun Lale, "Niye Yüksek Teknolojili Ürün Üretemiyoruz?", *Herkese Bilim Teknoloji Dergisi*, Sayı: 297, 4 Aralık 2021, s. 8.
- Aktaş Fatma/Dinçol Özgür Sinem/Yılmaz Ayhan, "İlköğretim Programlarının BM 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri Açısından İncelenmesi", *Karaelmas Fen ve Mühendislik Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1, Yıl 2020, s. 61-70.
- Altunkaynak Metin, "UNESCO 2030 Eğitim Raporunda Umud Veren Uygulamalara Genel Bakış: Doküman İncelemesi", *Uluslararası Temel Eğitim Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl 2020, s. 40-47.
- Ayar Ahmet, "Velayet Hakkının Boşanma Sonrası Verilmesi, Kaldırılması ve Ortak Velayet", *Türk Hukukçu Kadınlar Derneğinin 50. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Kitabı*, İstanbul 2019, s. 87-100.
- Büyükaşahin Yasemin/Şahin Ali Ekber, "Öğretmenlerin Gözünden Eğitimde Kalite Sorunsalı", *Bartın Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 3, Ekim 2017, s. 1134-1152.
- Ceylan Ebru, "Türk ve İsviçre Hukukunda Evliliğin Şartları ile İlgili Değerlendirmeler", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 1, Ocak 2021, s. 7-45.
- Elçin Grassinger Gülçin, "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*, Cilt I, İstanbul 2010, s. 823-846.
- Erdem Mehmet/Dede İsmail, "Türk Medeni Kanunu Kapsamında Çocuğun Eğitim Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlarına İlişkin Değerlendirmeler", *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması* (Editörler: Aslı Makaracı Başak/Seda Öktem Çevik/Gülen Sinem Tek), Ankara 2021, s. 251-266.
- Gemici Filiz Beste/Güler Zeynep/Akbulut Merve, "Çocuk Hakları Sözleşmesi Madde 29 (1) Çerçevesinde Eğitimin Amaçları", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 100, Mart 2018, s. 225-239.
- Gürbültürk Oğuz, "Eğitimde Nitelik Sorunu", *Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 2, Yıl: 1990, s. 729-744.
- İnan Ali Naim, "Çocuk Hakları Beyanname İlkelerinin Türk Hukuk Sistemine Etkisi", *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl 1968, s. 201-219.
- İnan Ali Naim, "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, Sayı: 1, Ocak 1995, s. 765-778.
- Majer Christian/Schmid, Tülay, "Reşit Olmayan Kişilerin Evlilik Konusunun Almanya'da Ele Alınışı", *Hukuk Köprüsü*, Cilt: 6, Sayı: 13, Aralık 2017, s. 65-74.
- Oksay Reyhan, "Kod Adı: "Yıldırım Hızı Projesi" Ve: 10 ayda yüzde 90 başarılı aş%", *Herkese Bilim Teknoloji Dergisi*, Sayı: 243, 20 Kasım 2020, s. 12-14.
- Oksay Reyhan, "Pandemi Gençlerin Geleceğini Nasıl Etkileyecek?", *Herkese Bilim Teknoloji Dergisi*, Sayı: 296, 25 Kasım 2021, s. 13-14.
- Sahin Mehmet Can, "Instructional Design Principles for 21st Century Learning Skills", *Procedia Social and Behavioral Sciences* 1 (2009), s. 1464-1468.

Şahin Sultan/Polat Oğuz, "Türkiye'de ve Dünyadaki Gelişmiş Ülkelerde Çocuk Katılım Hakkı Algısının ve Uygulamalarının Karşılaştırılması", *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 4, No: 1, 2021, s. 275-282.

Şimşek Hüseyin/Dağıstan Aybike/Şahin Cem/Koçyiğit Elif/Dağıstan Yalçinkaya Gülen/Kart Mehmet/Dağdelen Suna, "Kapsayıcı Eğitim Bağlamında Türkiye'de Temel Eğitim Programlarında Çokkültürlülüğün İzleri", *Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 5(2), Yıl 2019, s. 177-197.

Tabak Hasan, "Türk Eğitim Sisteminde Eğitimde Fırsat Eşitliğine Kurumsal Bakış: Roller ve Sorumluluklar", *Türk Eğitim Bilimleri Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 2, Yıl 2019, s. 370-393.

İnternet Kaynakları

<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Cocuk-2020-37228> (Erişim tarihi: 16.12.2021).

<http://www.tr.undp.org>. (Erişim tarihi: 16.12.2021).

http://static.battelleforkids.org/documents/p21/P21_Framework_Brief.pdf (Erişim tarihi: 16.12.2021).

<https://www.siviltoplum.gov.tr/derneklerin-faaliyet-alanlarına-gore-dagilimi> (Erişim tarihi: 7.1.2022).

<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Dis-Ticaret-Istatistikleri-Mayis-2021-37417> (Erişim tarihi: 16.12.2021).

<https://www.revistas.usp.br/phylo/article/download/193661/178745> (Erişim tarihi: 4.12.2021).

<https://scitechdaily.com/worlds-eight-worst-wildfire-weather-years-on-record-happened-in-the-last-decade/> (Erişim tarihi: 16.12.2021).

<https://listelist.com/maske-okyanus-cevre-kirliligi/> (Erişim tarihi: 16.12.2021).

NFT (DEĞİŞTİRİLEMEYEN JETON) SANAT ESERLERİNİN MİRAS YOLUYLA GEÇMESİ

INHERITANCE OF NFT (NON-FUNGIBLE TOKENS) ARTWORKS

Mehmet AKÇAAL*

Özet: NFT (non-fungible token=değiştirilemeyen jeton), kripto para gibi bir tür dijital varlığı ifade eder. Bunları daha da güncel hale getiren ise son dönemde karşılaştıkları yoğun ilgidir. Salt blok zincirinde var olan sanal bir değiştirilemeyen jeton 2021 yılında yaklaşık 70 milyon dolara satılmıştır. Bir sanat galerisinde sergilenmesi mümkün olmayan, salt program kodundan meydana gelen bir JPG dosyasının böyle parasal değeri haiz olması hukukî boyutları bakımından merak uyandırmaktadır. Bununla birlikte, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserleri hakkında Türk Hukukunda doğrudan bir kanunî dayanak veya yargı kararı henüz yoktur. Çalışma kapsamında öncelikle değiştirilemeyen jetonun ne olduğu, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserlerinin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında birer eser olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenmiştir. Burada varılan sonuca göre de değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserleri bakımından miras hukukunda karşılaşılabilecek alternatifler ele alınmıştır. Bu kapsamda, değiştirilemeyen jetonların terekeye dâhil olup olamayacağı ve böylece miras yoluyla mirasçılara geçip geçmeyeceği değerlendirilmiştir. Ayrıca, söz konusu jetonların ölüme bağlı tasarrufa konu olması da çalışma kapsamında incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Dijital Varlıklar, Kripto Varlıklar, NFT, Eser, Tereke

Abstract: NFT (non-fungible token) refers to a type of digital asset, such as a cryptocurrency. What makes them even more up-to-date is the intense interest they have recently encountered. A virtual non-fungible token on the pure blockchain was sold for around \$70 million in 2021. The fact that a JPG file consisting only of program code, which cannot be exhibited in an art gallery, has such a monetary value, arouses curiosity in terms of its legal dimensions. However, there is not yet a direct legal basis or judicial decision in Turkish Law regarding non-fungible token artworks. Within the scope of the study, first of all, it has been examined what the non-fungible token is and whether non-fungible token artworks can be considered as works within the meaning of the Law on Intellectual and Artistic

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, mehmetakcaal@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3228-8486 Makalenin Gönderim Tarihi: 18.01.2022, Kabul Tarihi: 21.01.2022

Works. According to the conclusion reached here, alternatives in inheritance law in terms of non-fungible token artworks are discussed. In this context, it has been evaluated whether the non-fungible tokens can be a part of inheritance and thus pass to the heirs. In addition, the fact that these tokens are subject to testament is also examined within the scope of the study.

Keywords: Digital Assets, Cryptocurrency, NFT, Artwork, Inheritance

Giriş

Fransız sanatçı Pascal Boyart'ın NFT (non-fungible token)¹ haline getirdiği duvar resmi, değiştirilemeyen jetonların sanat alanındaki ilk misallerinden birini oluşturmaktadır.² Bunun dışında, müzayede (açık artırma) evi Christie's tarafından 11 Mart 2021 tarihinde yapılan açık artırmayla bir değiştirilemeyen jeton yaklaşık 70 milyon (69.346.250) Amerikan dolarına satılmıştır. Söz konusu değiştirilemeyen jeton, bu alandaki öncülerden biri olarak kabul edilen ve Beeple sanatçı adıyla da bilinen Mike Winkelmann'a ait "Everydays: The First 5000 Days" adlı dijital bir kolajdan oluşmaktadır. Söz konusu eser, sanatçınının 01.05.2007 ile 07.01.2021 tarihleri arasında her gün çevrim içi olarak yayımladığı resimlerin bir kolajını içermektedir.³ Elde edilen gelir bir kenara bırakılırsa, bu artırmayı özel kılan husus, artırmaya konu olan eserin sıra dışı mahiyetidir. Çünkü, söz konusu eser maddî varlığı olan bir tablo değil, blok zincirindeki bir değiştirilemeyen jetondur. Söz konusu değiştirilemeyen jeton, ERC-721 (Ethereum Request for

¹ NFT (non-fungible token) terimi, Türkçe'ye değiştirilemez jeton veya misli olmayan jeton diye tercüme edilebilir. Ama, jetonun sözlük anlamı, gişelerde, telefon ve türlü oyunlarda para yerine kullanılan küçük, metal veya plastik nesnedir. Bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 20.12.2021). Oysa, burada dijital bir varlık söz konusudur. Dolayısıyla, NFT'de geçen token'in jeton olarak tercümesi kavramı tam karşılamaz. Token kelimesinin yerine, kripto parayı ifade etmek üzere para kelimesi de kullanılmaktadır. Bkz. <https://www.isbank.com.tr/blog/nft-nedir> (Erişim Tarihi: 20.12.2021). Ne var ki, çalışmanın devamında açıklandığı üzere, tek başına para kavramının da token'i tam olarak karşıladığı söylenemez. Dolayısıyla, NFT'nin henüz tam bir karşılığı olmadığı söylenebilir. Ama, NFT'nin Türkçe karşılığını kullanmak adına, çalışmanın devamında bunun yerine "değiştirilemeyen jeton" ifadesi kullanılmıştır. Diğer taraftan, token karşılığı olarak dijital koleksiyon terimi için bkz. Canan Küçükali, "Telif Koruması Anlamında (Takas Edilemez Jeton) NFT'ler", Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Ankara 2021, s. 599.

² Bkz. <https://www.pboy-art.com/nfts> (Erişim Tarihi: 10.12.2021).

³ Söz konusu eser için bkz. <https://onlineonly.christies.com/s/beeple-first-5000-days/beeple-b-1981-1/112924> (Erişim Tarihi: 21.12.2021).

Comments 721) standardına sahip olup,⁴ Ethereum-Blokchain'e (blok zincirine) dayalı olarak alıcıya devredilen dijital eşsiz bir varlıktan ibarettir. Yani, sırf blok zincirindeki sanal bir token (jeton) için yaklaşık 70 milyon dolarlık ödeme yapılmıştır. Söz konusu dijital eser, sadece bir program kodundan oluşmaktadır; bir sanat galerisinde sergilenmesi mümkün değildir. Üstelik, internetten kolayca indirilebilecek "Everydays: The First 5000 Days" adlı söz konusu JPG dosyasını bu kadar değerli kılan şey oldukça merak uyandırıcıdır. Üstelik, açık artırma sonucunda ödemenin, dolarla değil, Ethereum blok zincirindeki bir kripto para birimi olan Ether'le gerçekleştiği de burada eklenmelidir.⁵

Değiştirilemeyen jetonun da temelini oluşturan blockchain (blok zinciri) teknolojisi, uzun süredir yoğun bir şekilde tartışmalara konu olmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu teknoloji, dijital dönüşümün öncü yeniliklerinden biri olarak değerlendirilmektedir.⁶ Diğer taraftan, değiştirilemeyen jetonların çıkış noktası olarak da ele alınabilecek olan, blok zincirine dayalı benzersizliği güvence altına almaya yönelik colored coins (renkli jetonlar) diye adlandırılan bir oluşum 2012 yılından beri zaten mevcuttur.⁷ Bununla birlikte, kamuoyunun büyük çoğunluğu değiştirilemeyen jetonların varlığından "CryptoKitties (kripto kedicikler)" olarak adlandırılan türü sayesinde ancak 2017 yılında haberdar olmuştur.⁸ Bunlar ise, oyuncuların Tamagotchies benzeri şekilde sanal kedi beslemelerine ve bunları devretmelerine imkân tanıyan blok zinciri tabanlı bir oyundur.⁹

⁴ ERC-721 standardı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gerald Nash, "The Anatomy of ERC721: Understanding Non-Fungible Ethereum Token", <https://medium.com/crypto-currently/the-anatomy-of-erc721-e9db77abfc24> (Erişim Tarihi: 21.12.2021).

⁵ Markus Kaulartz/Alexander Schmid, "Rechtliche Aspekte sogenannter Non-Fungible Token", CB 2021, s. 298; Magda Aref/Luca Fábíán/Simon Weber, "Digitale Originale dank NFTs?", GesKR 2021, s. 385.

⁶ Noémie Schär/Monika Simmler, "Die Erfassung von Kryptowährungen im Schweizer Vermögensstrafrecht", ZSR 2019 I, s. 401; Lukas Müller, "Der Bitcoin- und Blockchain-Goldtausch", AJP 2018, s. 680.

⁷ Renkli jetonlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. What is a Colored Coin?, <https://academy.bit2me.com/en/what-is-a-colored-coin/> (Erişim Tarihi: 21.12.2021).

⁸ Söz konusu dijital varlıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CryptoKitties craze slows down transactions on Ethereum, <https://www.bbc.com/news/technology-42237162> (Erişim Tarihi: 22.12.2021).

⁹ Kaulartz/Schmid, s. 299; Aref/Fábíán/Weber, s. 385.

Sonuçta, “Everydays: The First 5000 Days” açık artırmasıyla birlikte değiştirilemeyen jetonlar dikkatleri iyice üzerine çekmeyi başarmıştır.¹⁰ Sanat piyasasının ciddi bir kısmını etkileyen bu ilginin sebebi, değiştirilemeyen jetonların, diğer dijital varlıklardan farklı olarak blok zinciri teknolojisi sayesinde kavuştukları eşsiz nitelikleridir.¹¹

Bu çalışmanın amacı, değiştirilemeyen jetonların mirasçılara intikaliyle ilgili kanunî zorluklara yol göstermektir. Ancak, şimdiye kadar değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eseri kavramının miras hukuku anlamında neredeyse hiç ele alınmadığı hususu belirtilmelidir. Konuyu özgün, ama zor kılan diğer bir husus da henüz değiştirilemeyen jeton tarzındaki sanat eserlerinin mirasçılara geçmesine ilişkin bir yargı içtihadıyla karşılaşılmamış olmasıdır.¹²

I. Blok Zinciri Teknolojisi

Değiştirilemeyen jetonlar blok zinciri teknolojisine dayanmaktadır. Dolayısıyla, öncelikle bunların temelinde yer alan blok zincirinin açıklanmasına ihtiyaç vardır. Blok zinciri, münferit bloklardan oluşan ve sürekli genişleyen bir veri seti olarak da düşünülebilir. Veri, özellikle de blok zinciri katılımcılarının işlemleri, her blokta saklanır ve yeni eklenen her blok, önceki bloklarla matematiksel ve kriptografik olarak ilişkilendirilir. Bu blok zinciri sayesinde, yeni bir blok oluşturulması halinde önceki blokların değiştirilmesi mümkün değildir. Bununla ise veri bütünlüğünün sağlanması amaçlanmaktadır. Ayrıca, blok zinciri, merkezi bir birim tarafından değil, katılımcılar tarafından işletilmektedir.¹³

Nitekim, değiştirilemeyen jetonların dayanağı, merkezi olmayan hesap yönetimi teknolojisi, yani dağıtık defter teknolojisi (Distributed

¹⁰ Nitekim, Google’da arama terimi olarak NFT kavramına zaman içinde gösterilen ilgideki artış için bkz. <https://trends.google.com/trends/explore?date=today%205-y&q=nft> (Erişim Tarihi: 22.12.2021).

¹¹ Aref/Fabián/Weber, s. 386.

¹² Mike Winkelmann (Beeple)’a ait “Abundance” isimli dijital eserin açık artırmayla satışına ilişkin olarak, pey süren bir kimse tarafından 2021 yılında NFT Platformu Nifty Gateway aleyhine açılan dava ise bu alandaki ilk davalardan biridir. Bkz. <https://news.artnet.com/market/beeples-nifty-gateway-collector-dispute-2016787> (Erişim Tarihi: 26.12.2021).

¹³ Lukas Müller/Malik Ong, “Aktuelles zum Recht der Kryptowährungen”, AJP 2020, s. 199 vd.; Kaulartz/Schmid, s. 298-299.

Ledger Technology=DLT)'dir.¹⁴ Dağıtık defter teknolojisinde merkezi olmayan şekilde organize edilmiş dijital bir kayıt, bir değer birimine ilişkin yetkilendirmeyi ifade eder. Dağıtık defter teknolojisine dayalı bir kayıta depolanan değer birimlerine ise token (jeton=kripto varlık) denir. Merkezi olmayan bu kayıt, ilgili tüm verilerin kaydedildiği bir veri yapısından oluşur. Keza, verilerin, çeşitli merkezi olmayan veri tabanları (Node'ler=düğüm) arasında nasıl karşılaştırılacağını ve değiş tokuş edileceğini belirleyen bir protokol de buraya dâhildir. Bu veri yapısı, ilgili jeton hakkındaki bütün işlemleri bir veri arşivi olarak belgeleyen bir blok zincirine dayanmaktadır. Böylece, veriler, blok zincirindeki blokların arka arkaya sıralanması suretiyle depolanır.¹⁵

Görüldüğü üzere, dijital varlıkları blok zincirinde jetonlar temsil eder. Nitekim, malın bedelini ödemek için blok zincirindeki katılımcılar arasında bitcoin değiş tokuş edilebilir. Meselâ, (A) katılımcısının (B) katılımcısına belirli sayıda bitcoin gönderdiği ve (B) katılımcısının artık bu bitcoinlerin sahibi olduğu bilgisi blok zincirinin yeni bir bloğuna kaydedilir.¹⁶

Dağıtık defter teknolojisinin merkezi olmayan yapısı ise, gerekli verilerin sınırsız sayıdaki sunucuya (server'a) dağıtılmasını sağlar.¹⁷ Yani, veriler, merkezi bir veri tabanında toplanıp onunla karşılaştırılmaz; aksine, düğümler (node'ler) tarafından işlenerek doğrulanırlar. Düğümlerin her biri veri arşivinin eksiksiz bir kaydını tuttuğu için bu sistem merkeziyetçi bir yapıya değildir. Düğümler tarafından saklanan veri kayıtları, protokolün kurallarına göre karşılaştırılır. Böylece, düğümlerin çoğunluğuna uygun düşen veri kaydının sürümü doğru kabul edilir.¹⁸

Protokol, diğer şeylerin yanı sıra, ilgili jeton üzerindeki yetkinin doğrulanmasını ve jetonlar aracılığıyla işlemlerin yapılmasını düzen-

¹⁴ Hans Caspar von der Crone/Fleur Baumgartner, "Digitalisierung des Aktienrechts - Die Ausgabe von Aktien als Registerwertrechte", *SZW* 2020, s. 352; Hans Caspar von der Crone/Franz Kessler/Luca Angstmann, "Token in der Blockchain", *SJZ* 2018, s. 338.

¹⁵ Dominik Oswald, Erlös aus Kryptowährungen, Schulthess, Zürich 2021, s. 17 vd.; Aref/Fábián/Weber, s. 386; Adem Yelmen, "Bitcoinin Satış Sözleşmesinin Bedel Unsuru Açısından Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 28, S. 1, 2020, s. 274-275.

¹⁶ Kaulartz/Schmid, s. 299.

¹⁷ Hans Caspar von der Crone/Merens Derungs, "Aktien als digitalisierte Werte", *SZW* 2019, s. 3.

¹⁸ Von der Crone/Kessler/Angstmann, s. 338; Aref/Fábián/Weber, s. 386.

ler. Bu çerçevede, sistem katılımcıları (miners=madenciler), orijinal olarak yaratılan değer birimlerini (jetonları) veya bir işlem bedelini elde ederler. Böylece, söz konusu işlem doğrulandığı takdirde, blok zinciri genişletilerek düğümlerde saklanır. Doğrulama, ilgili jeton verilerinin düğümler tarafından depolanan veri kaydıyla karşılaştırılmasıyla gerçekleşir.¹⁹

Jeton yeniden kullanılır ve tekrar devredilirse, söz konusu işlem yeni bir bloğa kaydedilir. Blok, yukarıda açıklanan prosedür çerçevesinde tekrar ağa gönderilir, kontrol edilir, doğrulanır ve ardından blok zincirine eklenir. Böylece, söz konusu işlem, merkezi olmayan kontrol dolayısıyla silinmez hale gelir ve blok zinciri kullanılarak her zaman izlenebilir.²⁰

Bitcoin gibi kripto para birimlerinin açıkça tanımlanmış bir amacı olsa da serbestçe programlanabilen blok zincirleri de mevcuttur. İşte, Ethereum bu tür bir blok zinciridir. Burada, hangi varlığın belirli bir jeton tarafından temsil edilmesi gerektiği (tokenizasyon) serbest bir biçimde belirlenir. Böylece, bir jeton devredildiğinde onun temsil ettiği varlık üzerindeki hakkın da alıcıya geçmesi mümkün hale gelir. Nitekim, “Everydays: The First 5000 Days” misalinde, sanatçı Mike Winkelmann Ethereum blok zincirinde önce bir değiştirilemeyen jeton oluşturmuş; bunun da “Everydays: The First 5000 Days” isimli eserin sahipliğini temsil ettiğini ve blok zincirinde ikinci kez var olamayacağını öngörmüş bulunmaktadır. Söz konusu değiştirilemeyen jetonun açık artırmasının yapılması sonucunda ise “Everydays: The First 5000 Days” üzerindeki hak alıcıya devredilmiştir.²¹

II. Değiştirilemeyen Jetonlar

1. Değiştirilemeyen Jetonların Dijital Varlıklar İçindeki Yeri

Dijital varlıklar, dijital ortamda üretilip depolanan ve devredilebilen her çeşit veriyi ifade eder. Dijital varlıklar, kriptografiye ve da-

¹⁹ Stephan D. Meyer/Benedikt Schuppli, “Smart Contracts und deren Einordnung in das schweizerische Vertragsrecht”, *recht* 2017, s. 204; Von der Crone/Kessler/Angstmann, s. 338; Aref/Fábián/Weber, s. 386.

²⁰ Aref/Fábián/Weber, s. 387. Ayrıca bkz. <https://hub.hslu.ch/informatik/blockchain-einfach-erklart/> (Erişim Tarihi: 24.12.2021).

²¹ Kaulartz/Schmid, s. 299.

ğtık defter teknolojisine (distributed ledger technology) ya da benzer bir teknolojiye dayanıp dayanmadığından hareketle ikiye ayrılabilir. Böyle bir teknolojiye dayanmayan varlıklar için kripto olmayan dijital varlık denilebilir. Meselâ, sosyal medya hesabına giriş bilgileri ile bu hesaplardaki fotoğraf, video gibi içerikler, bulut depolama alanları, alan adları, e-kitaplar, e-dergiler, dijital müzikler, bloglar, internet eğitimleri buraya dâhildir. Kripto varlıklar ise, kriptografiye ve dağıtık defter teknolojisine ya da benzeri bir teknolojiye dayanır. Bunlar, bir merkez bankası ya da kamu kurumu tarafından ihraç veya temin edilmezler; değişim, yatırım ya da bir mal ya da hizmete erişim amacıyla kullanılabilirler.²² Değiştirilemeyen jetonlar kripto varlıklara dâhildir. Hemen eklenmelidir ki, Türk Hukuku'nda kripto varlıkların ödeme aracı olarak kullanılması çıkarılan bir yönetmelikle yasaklanmıştır.²³

Kripto varlıklar da kendi içinde üçe ayrılabilir. Bunlar, ödeme jetonları (payment tokens), menkul kıymet jetonları (investment tokens) ve hizmet jetonlarıdır (utility tokens). Ödeme jetonları, mal veya hizmet alımında ya da para transferlerinde değişim aracı olarak kullanılırlar. Bitcoin, Ether, Litecoin, XRP, Libra gibi kripto paralar buraya dâhildir. Menkul kıymet jetonları, sahibine alacak hakkı sağlarlar ve yatırım aracı olarak kullanılabilirler. Meselâ, Bankera bu kapsamdadır. Hizmet jetonları ise, blok zincire dayalı bir altyapı sayesinde mal veya hizmete dijital erişim imkânı sunarlar.²⁴ Hatta, bir kripto varlık aynı zamanda birden fazla kategoriye dâhil olup melez (hibrit) bir gö-

²² European Banking Authority: Report with advice for the European Commission on Crypto-assets, s. 10-11, (<https://www.eba.europa.eu/eba-reports-on-crypto-assets>); Erdem Büyüksağış/Sinem Özyiğit/Selin Mirkelam Falay/İlay Ezgi Buldağ/Mustafa Said Okur, "Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali", *Yargıtay Dergisi*, C. 47, S. 2, Ankara 2021, s. 369.

²³ Gerçekten de Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik'te kripto varlıkların, ödemelerde doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılmayacağı öngörülmektedir (m. 3/II). Ayrıca, söz konusu Yönetmelik m. 3/I hükmünde kripto varlık kavramı tanımlanmaktadır. Buna göre, kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade eder. Bkz. RG. T. 16.04.2021, S. 31456.

²⁴ Mathias Link/Sebastian Omlor, *Kryptowährungen und Token, Recht Und Wirtschaft GmbH*, Frankfurt am Main 2021, s. 264 vd.; Büyüksağış/Özyiğit/Mirkelam Falay/Buldağ/Okur, s. 371.

rünüm de sergileyebilir.²⁵ Meselâ, “Everydays” isimli eser gibi dijital sanat eserlerini temsil eden jetonların kesinlikle bir yatırım amacı olabilir ve bunlar birer menkul kıymet jetonu olarak düşünülebilir. Ancak, sistem katılımcıları, nadir oyun figürleri ya da dijital oyun içeriği gibi varlıkları sadece kullanabilmek veya toplayabilmek için değiştiremeyen jeton edinirse, artık yatırım amacından söz edilemez.²⁶

Dijital varlıklar bakımından diğer bir ayırım ise, bunların ekonomik değer taşıyıp taşımadıklarından hareketle yapılabilir. Böyle bir ayırım, mirasçılara geçmeye elverişli dijital varlıkların belirlenmesi bakımından önemlidir. Bu itibarla, mirasbırakan dijital varlıkları ekonomik bir amaçla kullanmış olabilir. Nitekim, ödeme jetonlarında ve film, dizi gibi içeriklerin para karşılığı kullanıcılara sunulduğu sosyal medya hesaplarında durum böyledir. Dijital varlıkların, sırf ekonomik olmayan bir amaçla kullanılmış olması da mümkündür. Meselâ, sıradan kişilerin çok takipçisi olmayan sosyal medya hesapları böyledir. Son olarak, dijital varlık karma amaçla da kullanılmış olabilir. Nitekim, sosyal medya fenomenlerinin hem belirli markaların reklamını yaptıkları hem de fotoğraf vb. kişisel paylaşımında buldukları hesapları bu kapsamdadır.²⁷

Burada mirasbırakanın dijital varlığı hangi amaçla oluşturduğuna bakılmaz. Ölçüt dijital varlığın ölüm tarihindeki kullanım amacıdır. Meselâ, başta ekonomik olmayan ve tamamen kişisel kullanıma yönelik bir amaçla oluşturulan bir dijital varlık, ölüm anında artık tamamen ekonomik amaçlarla kullanılmaya başlamışsa son durumu göz önünde bulundurulur.²⁸

2. Değiştirilemeyen Jetonların Özellikleri

Değiştirilemeyen jetonların belirleyici özelliğini açıklarken, fiziksel (meselâ tuval, çerçeve ve boyadan oluşan bir resim) ve dijital sanat (meselâ sırf bir bilgisayarda oluşturulmuş ve sadece dijital bir görüntü dosyasından oluşan bir grafik) arasında bazı farklardan söz

²⁵ Markus F. Huber/Silvan Guler/Janine Dumont, “By the same token”, *StR* 73/2018, s. 295-296; Aref/Fábián/Weber, s. 394.

²⁶ Aref/Fábián/Weber, s. 395; Kaulartz/Schmid, s. 301-302.

²⁷ Büyüksağış/Özyiğit/Mirkelam Falay/Buldağ/Okur, s. 375.

²⁸ Büyüksağış/Özyiğit/Mirkelam Falay/Buldağ/Okur, s. 376.

etmek mümkündür. Fiziksel olarak yaratılan sanat eseri eşsiz ve orijinal niteliktedir; bunların kopyaları kolaylıkla tespit edilebilir. Çok iyi yapılmış kopyalarda ise laboratuvar incelemesinden sonra yine aynı sonuç elde edilir. Dijital eserler, yani bilgisayar verileri ise genellikle serbestçe kopyalanabilir durumdadır. Üstelik, bu kopyalar asıl şablonla bire birdir. Şu halde bilgisayar verileri bakımından dijital orijinal anlamında henüz fiziksel orijinalin karşılığında söz etmek mümkün değildir.²⁹

Bu durum, dijital sanatçılar için bir dezavantajdır. Çünkü fiziksel sanatta hem tablo gibi bir sanat eserinin mülkiyeti devredilebilir hem de telif hakkı lisansa konu edilebilir. Dijital sanat eserlerinde ise telif hakkı haksız kullanımlardan dolayı hep sınırlı kalmıştır. iStock veya Adobe Stock gibi online mağazalar ise dijital görüntüler üzerindeki lisans hakkını devreder, JPG dosyası üzerindeki hak sahipliğini ise satışa konu etmezler.³⁰

Değiştirilemeyen jetonların piyasaya sürülmesiyle birlikte ise, bu anlamdaki dijital orijinal eksikliğinde önemli bir değişim yaşanmıştır. Çünkü, bunlar, dijital veya fiziksel herhangi bir varlıktan jeton üretilmesini ve bunun devrini mümkün kılmaktadır. Meselâ, dijital bir sanat eserini yaratan kimse bundan bir değiştirilemeyen jeton oluşturup, söz konusu jetonun bir ikincisinin var olamayacağını öngörebilir. Söz konusu dijital misli olmayan eseri temsil eden jeton sonradan üçüncü kişilere satılabilir. Bu takdirde ise, önceki eser sahibi değiştirilemeyen jeton üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini kaybetmiş olur. Görüldüğü üzere, değiştirilemeyen jetonlar dijital orijinalin oluşturulmasını sağlamaktadır.³¹

Değiştirilemeyen jetonlar özellikle dijital sanat eserlerinde ortaya çıkan soruna çözüm sağlamaktadır. Çünkü, değiştirilemeyen jeton aksi kararlaştırılmadıkça temsil ettiği dijital varlığın satın alınmasını sağlar. Böylece, değiştirilemeyen jetonun sahibi, bu jeton Ethereum blok zincirinde depolandığı için, temel dijital varlık üzerinde bir hakka sahip olur. Bu itibarla, dijital varlığı temsil eden söz konusu jetonlar

²⁹ Kaulartz/Schmid, s. 298.

³⁰ Kaulartz/Schmid, s. 298.

³¹ Kaulartz/Schmid, s. 298.

sıklıkla “özgünlük sertifikası” işlevini üstlenir.³² Sonuç itibarıyla, değiştirilemeyen jeton, sahibinin yetkilendirmesi halinde kopyalanabilen bir dosyayı dijital, misli olmayan ve değiştirilemez bir varlık haline getirir.³³

3. Değiştirilemeyen Jetonların Değiştirilebilir Jetonlardan Farkı

Dağıtık defter teknolojisi sayesinde bir değiştirilemeyen jeton üzerindeki yetkinin kime ait olduğu gösterilir. Ayrıca, değiştirilemeyen jeton, fiziksel veya dijital bir varlığı temsil etmek üzere tasarlanmış, benzersiz bir kriptografik jetondur. Buna ilişkin söz konusu varlık türleri çeşitlidir. Gerçekten de değiştirilemeyen jetonlar, kıymetli evrakı, taşınmazları, dijital sanat eserlerini veya bilgisayar oyunlarındaki sanal nesnelere temsile yarayabilirler. Demek ki, değiştirilemeyen jetonlar kripto para gibi değiştirilebilir (fungible) jetonlardan ayrılırlar. Çünkü, adından da anlaşılacağı üzere, değiştirilebilir her bir jeton bir başkasıyla değiş tokuş edilebilir; yani misli niteliktedir. Meselâ, bir bitcoinin diğer bir bitcoinle değiştirilmesi mümkündür ve bu durum onun değerinde herhangi bir değişikliğe yol açmaz.³⁴

4. Değiştirilemeyen Jetonların İşleyişi

Değiştirilemeyen jetonların temelinde genellikle ERC-721 standardına göre oluşturulan Ethereum blok zinciri yer alır.³⁵ Bununla birlikte, defterleri aracılığıyla değiştirilemeyen jetonlarda işlem yapmayı mümkün kılan diğer blok zincirlerin de söz konusu olduğu belirtilmelidir.³⁶

³² Jil Antener/Jasmine Rueegg, “Das Ende von Copy/Paste? Wie NFTs die digitale Welt neu definieren” <https://www.nzz.ch/technologie/blockchain-und-krypto-nfts-erfinden-digitale-werte-neu-ld.1632346?reduced=true> (Erişim Tarihi: 24.12.2021); Kaulartz/Schmid, s. 298.

³³ Aref/Fábián/Weber, s. 387.

³⁴ Ronald Kogens/Catrina Luchsinger Gähwiler, “Ein 360-Grad-Blick Auf Token”, EF 8/18, 2018, s. 589-590; Aref/Fábián/Weber, s. 387. Değiştirilemeyen jetonlar hakkında ayrıca bkz. <https://www.bbc.com/news/technology-56371912> (Erişim Tarihi: 24.12.2021).

³⁵ ERC-721 standardı için bkz. <https://eips.ethereum.org/EIPS/eip-721> (Erişim Tarihi: 24.12.2021).

³⁶ Bkz. TRON introduces NFT standard TRC-721, <https://dappradar.com/blog/tron-introduces-nft-standard-trc-721> (Erişim Tarihi: 25.12.2021).

ERC-721 standardı ise, Ethereum blok zincirinde saklanabilen ve işletilebilen bir tür program kodunu, yani akıllı sözleşmeyi (smart contract) ifade eder. Henüz üzerinde uzlaşmış bir tanımı olmasa da akıllı sözleşmeler, önceden tanımlanmış koşulları, işlevleri veya eylemleri yerine getirmek için geliştirilmiş, kendi kendine işleyen bir yazılım kodu olarak nitelendirilmektedir. Bunların temel özellikleri, bağımsız şekilde işleyebilme ve değişmemedir.³⁷

Değişmezlik özelliği, akıllı sözleşmenin doğrudan blok zincirine kaydedilmesinden kaynaklanır. Dolayısıyla, akıllı sözleşmenin sonradan değiştirilmesi mümkün değildir. Akıllı sözleşme tarafından gerçekleştirilen söz konusu jeton işlemi de düğümler tarafından kontrol edilir ve doğrulanır.³⁸

Değiştirilemeyen bir jeton oluşturulduktan sonra, o, akıllı sözleşmenin adresi ile onun oluşumu (minting) sırasında belirlenen jeton kimliği (ID'si) kullanılarak ERC-721 standardında açıkça gösterilir. Akıllı sözleşmenin adresine ve jeton kimliğine ek olarak, değiştirilemeyen jeton için oluşturulan cüzdan (wallet) adresi de akıllı sözleşmede saklanır. Bu, akıllı sözleşmenin, bunda saklanan cüzdan adresiyle kendisini cüzdanın sahibi olarak tanımlayabilen kullanıcıya ait belirli bir değiştirilemeyen jetonun bilgilerini yönettiği anlamına gelir.³⁹

Bu noktada, Christies'in web sitesindeki⁴⁰ bilgiler çerçevesinde "Everydays: The First 5000 Days" adlı dijital esere ilişkin artırma misalinden hareket edilebilir. Buna göre, söz konusu değiştirilemeyen jeton 16 Şubat 2021'de oluşturulmuştur. Akıllı sözleşme, "0xc6b0562605D35eE710138402B878ffe6F2E23807" adresli cüzdanın sahibi olduğunu ispatlayan kullanıcı her kimse, 40913 jeton kimliğine sahip değiştirilemeyen jetonun ona ait olduğu bilgisini içermektedir. Değiştirilemeyen jeton tekrar devredildiği takdirde, değiştirilemeyen jetonun yeni sahibinin cüzdan adresi, Ethereum blok zincirinde saklanan akıllı sözleşmeye kaydedilecektir. Bu işlev, sadece adresi akıllı sözleşmede kayıtlı olan cüzdan kullanıcısı tarafından gerçekleştirilebi-

³⁷ Eleonor Gyr, Blockchain und Smart Contracts: Die vertraglichen Implikationen einer neuen Technologie, Diss. Basel 2019, s. 238, N. 224 vd.

³⁸ Gyr, N. 249 vd.

³⁹ Aref/Fábián/Weber, s. 388.

⁴⁰ Bkz. <https://onlineonly.christies.com/s/beeple-first-5000-days/beeple-b-1981-1/112924> (Erişim Tarihi: 24.12.2021).

lir. Çünkü ancak bu kullanıcı, bir tür hesap numarası olan genel anahtarını (public key) ve ona bağlı şifre şeklindeki özel anahtarını (private key) kullanarak akıllı sözleşmeye kendisini değiştirilemeyen jetonun sahibi olarak tanımlayabilir. Yeni cüzdan adresi kaydedildikten sonra ise, başka bir işlemin yapılması artık sadece yeni jeton sahibi için mümkündür.⁴¹

Değiştirilemeyen jetonun temelinde dijital bir varlığın bulunması halinde, söz konusu varlığın, Ethereum blok zincirindeki değiştirilemeyen jetonun bir parçası olarak depolanıp depolanmadığı sorusu da ortaya çıkar. Burada iki alternatif mevcuttur; zincir üstü depolama (on-chain storage) ve zincir dışı depolama (off-chain storage).⁴² Ne var ki, asıl eseri blok zincirine kaydetmek makul bir çözüm değildir. Dolayısıyla, değiştirilemeyen jetonlarda genellikle ikinci yol tercih edilir.⁴³

Gerçekten de birçok değiştirilemeyen jeton borsası tarafından kullanılan çözüm, değiştirilemeyen jeton oluştururken, dosyanın (yani temeldeki dijital varlığın) kendisine değil, blok zincirinde depolanan meta verilere sahip bir dosyaya atıfta bulunulmasıdır. Söz konusu meta veri dosyasında, esere ilişkin (eser adı, eser tanımı gibi) bilgilere ek olarak, sırayla gerçek dijital bilgiyi içeren blok zincirinin dışında depolanan bir dosyaya işaret eden başka bir atıf (referans) söz konusudur. Bu itibarla, değiştirilemeyen jeton tarafından temsil edilen dijital varlık Ethereum blok zincirinin dışında saklanır.⁴⁴

Aynı şekilde, “Everydays: The First 5000 Days” isimli eser bakımından da Ethereum blok zincirinde bizzat eser değil; sadece onun hakkındaki meta verileri içeren bir dosyaya ilişkin bağlantı (link) yer almaktadır. Bu ise, dağıtık kalıcı veri depolama birimi tarzındaki “Gezegenler Arası Dosya Sistemi (Interplanetary File System=IPFS)” diye adlandırılan Ethereum blok zincirinin dışında bulunur.⁴⁵ Bu meta veri

⁴¹ Bkz. NFT-Was passiert eigentlich?, <https://www.gimi.cologne/2021/04/14/nft-was-passiert-da-eigentlich/> (Erişim Tarihi: 24.12.2021).

⁴² <https://blog.opensea.io/guides/non-fungible-tokens/> (Erişim Tarihi: 25.12.2021).

⁴³ Aref/Fábián/Weber, s. 388.

⁴⁴ Mahmood Ghai, “NFTs: What Are You Buying and What Do You Actually Own?”, <https://www.thefashionlaw.com/nfts-what-are-you-buying-and-what-do-you-actually-own/> (Erişim Tarihi: 26.12.2021).

⁴⁵ Eugenia Politou/Efthimios Alepis/Constantinos Patsakis/Fran Casino/Mamoun Alazab, “Delegated content erasure in IPFS”, *Future Generation Computer Systems* 2020, s. 958.

dosyası, değiştirilemeyen jetonun dayandığı dijital varlığa yönelik bir atıf (referans) içerir. Böylece, söz konusu dijital eser bakımından meta veri dosyasına ilişkin bağlantı, akıllı sözleşmenin adresi ve jeton kimliği sayesinde tespit edilebilir.⁴⁶

5. Değiştirilemeyen Jetonların Sanat Dışında Uygulama Alanı

Şüphesiz ki, değiştirilemeyen jetonların kullanım alanı sadece dijital sanat eserleriyle sınırlı değildir. Gerçekten de birim sayısının sınırlı olduğu veya dijital orijinallerin oluşturulacağı her çeşit dijital varlık hakkında değiştirilemeyen jeton oluşturulması mümkündür. Meselâ, sınırlı bir müzik albümünün veya sanal koleksiyon kartlarının dijital karşılığı olarak değiştirilemeyen jeton oluşturulabilir. Yine, bir değiştirilemeyen jeton portalı olan NBA Top Shots'ta, basketbol maçlarından kısa video kesitleri sınırlı değiştirilemeyen jetonlar halinde edinilebilir.⁴⁷

Değiştirilemeyen jetonlar dijital dünyanın dışında da kullanılmaktadır; üstelik, bunlar birçok varlık türü bakımından da önemli bir dönüşüme yol açma potansiyeline sahiptir. Çünkü, değiştirilemeyen jetonların ve genel anlamda tokenizasyonun amacı, daha önce likit olmayan varlıkların dahi ticaretini kolaylaştırmaktır. Meselâ, eski model otomobiller, saatler veya tablolar gibi koleksiyonların yanı sıra altın, hammadde, taşınmaz ve hatta yatlar gibi diğer varlıklar bakımından değiştirilemeyen jeton oluşturup, bunları değiştirilemeyen jeton platformlarında satışa sunmak mümkündür. Hatta, değiştirilemeyen jetonların dijital dünyadaki temel amacı varlıkların sınırlandırılması olsa da, fiziksel (maddî) varlıklarla ilgili olarak değiştirilemeyen jeton sayesinde daha başka imkânlarla da kavuşulabilir. Nitekim, tek bir varlık (meselâ bir klasik otomobil) bakımından birden fazla değiştirilemeyen jeton oluşturulabilir; böylece her bir değiştirilemeyen jeton, söz konusu otomobil üzerindeki bir mülkiyet hakkını temsil edecek şekilde birbirinden ayrı olarak kullanılabilir. Bu durumun, önceden elde edilemeyen varlıkları portföylerine eklemek isteyen yatırımcılar bakımından ilgi çekici olacağı şüphesizdir. Nitekim, Deutsche Börse

⁴⁶ Aref/Fábián/Weber, s. 389.

⁴⁷ Kaulartz/Schmid, s. 299.

ve Commerzbank sanat ve taşınmaz alanları bakımından maddî varlıkların değiştirilemeyen jeton ticaretine girme iradesini açıklamış bulunmaktadır.⁴⁸

III. Değiştirilemeyen Jetonların Hukukî Niteliği

Değiştirilemeyen jeton kavramı kanunda tanımlanmış değildir. Değiştirilemeyen jetonların ve devirlerinin nasıl gerçekleşeceğine cevap verebilmek için öncelikle bunların hukukî niteliğinin incelenmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, bir kriptografik jeton olarak değiştirilemeyen jeton, temelindeki fiziksel veya dijital mahiyetteki varlıktan ayrı olarak ele alınmalıdır. Çünkü, değiştirilemeyen jetona ve dijital varlık üzerindeki fikrî hakka sahip olmak aynı anlama gelmez. Nitekim, müzayede evi Christies'in internet sayfasında değiştirilemeyen jeton almanın, dijital sanat eserinin satın alındığı anlamına gelmeyeceği açıkça ifade edilmektedir.⁴⁹

1. Eşya Görüşü

Dijital jetonların Türk-İsviçre Medenî Kanunu anlamında eşya olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği ve dolayısıyla mülkiyet korumasından yararlanıp yararlanamayacağı meselesi oldukça tartışmalıdır.⁵⁰ Söz konusu tartışma özellikle değiştirilemeyen jetonlar bakımından güncelliği haizdir.⁵¹ Hemen belirtilmelidir ki, yazılım cüzdanlarının (Software-Wallets)⁵² kullanıldığı esnada kripto paraların çalındığı siber saldırılarla günümüzde sıkça karşılaşılmaktadır. Çünkü, yazılım cüzdanının olumsuz yönü, özel anahtarının internet erişimi olan bir cihazda saklanmasıdır.⁵³ İşte, böyle bir saldırı durumunda, değiştirilemeyen

⁴⁸ Kaulartz/Schmid, s. 299. Ayrıca bkz. <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/banken/nft-trend-deutsche-boerse-und-commerzbank-steigen-in-virtuellen-kunsthandel-ein/27144012.html?ticket=ST-2525825-TdlNXbxvGOXtbSgZlgwN-ap4> (Erişim Tarihi: 25.12.2021).

⁴⁹ Bkz. file:///C:/Users/Hp/Downloads/london-conditions-of-sale.pdf (Erişim Tarihi: 25.12.2021).

⁵⁰ Florent Thouvenin/Alfred Früh/Alexandre Lombard, "Eigentum an Sachdaten", SZW 2017, s. 27-28.

⁵¹ Kaulartz/Schmid, s. 299.

⁵² Yazılım cüzdanı ile donanım cüzdanı (hardware-wallet) arasındaki farklar için bkz. <https://shiftcrypto.ch/blog/wieso-brauche-ich-eine-hardware-wallet-fur-meine-bitcoin/> (Erişim Tarihi: 24.12.2021).

⁵³ Adrian Keller/Bastian Stolzenberg, "Kryptowährungen", EF 6-7/2019, s. 463-464.

jetonların (önceki) sahiplerinin TMK m. 683/II (Art. 641/II ZGB) uyarınca bilgisayar korsanlarına karşı onların iadesi için istemde bulunup bulunamayacakları meselesi gündeme gelmektedir. Buna olumlu cevap verilmesi ancak değiştirilemeyen jetonların Medenî Kanun anlamında birer eşya olarak kabul edilmesi halinde mümkündür.⁵⁴

Eşya kavramının kanunda açık bir tanımı yoktur. Ancak kanunun dayandığı anlayış gereğince, eşya, üzerinde hâkimiyet kurmaya elverişli, kişilik dışı, sınırları belirli maddî bir varlıktır. Nitekim, taşınır mülkiyetinin konusuna da nitelikleri itibariyle taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan doğal güçler dâhildir (TMK m. 762; Art. 713 ZGB). Şu hâlde, hâkim görüş gereğince sadece üç boyutlu olup madde itibariyle hâkimiyete elverişli varlıklar eşya olarak nitelendirilebilir.⁵⁵ Bu sebeple, kanunda bir değişiklik yapılmadıkça, değiştirilemeyen jetonların Medenî Kanun anlamında eşyayla bir tutulması isabetli olmaz.⁵⁶

Bununla birlikte, azınlıktaki bir görüşe göre, jetonların eşya olarak nitelendirilmesi mümkündür.⁵⁷ Çünkü, eşya kavramı kanunda tanımlanmamış olup, buna işlevsel açıdan yaklaşılmalıdır. Nitekim, jetonlar teknik yapısı itibariyle hakkın öznesi kategorisine dâhildir ve münhasıran bir hâkimiyet sağlamaktadırlar. Dolayısıyla, bunların içerdiği veri de Medenî Kanun anlamında birer eşya olarak değerlendirilmelidir.⁵⁸

Blok zinciri sayesinde, ilgili hak sahibine değiştirilemeyen jetonların münhasıran hâkimiyet sağladığı hususu doğrudur. Ne var ki, ikinci görüş isabetsizdir. Zira, Medenî Kanun anlamında eşya bakımından maddilik (cismanilik) unsuru şarttır. Dolayısıyla, jetonların Medenî Kanun anlamında eşya olmadığını savunmak daha isabetlidir.⁵⁹

⁵⁴ Kaulartz/Schmid, s. 299; Aref/Fábián/Weber, s. 390.

⁵⁵ von der Crone/Kessler/Angstmann, s. 339.

⁵⁶ Böyle bir değişikliğe misal Alman Hukuku'ndan gösterilebilir. Haziran 2021'de yürürlüğe giren Elektronik Kıymetli Kanunu'nda, elektronik kıymetli evrakın (ve şartların varlığı halinde kripto kıymetli evrakın) BGB § 90 anlamında eşya sayılacağı açıkça öngörülmektedir (§ 2 Abs. 3 eWpG). Bkz. BGBl. 2021, 1423.

⁵⁷ Martin Eckert, "Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten", *SJZ* 2016, s. 273 vd.

⁵⁸ Florent Thouvenin/Rolf H.Weber, "Zum Bedarf nach einem Dateneigentum". *Jusletter IT*, 2017, N. 14 vd.

⁵⁹ Sebastian Omlor, "Digitales Eigentum an Blockchain-Token - rechtsvergleichende Entwicklungslinien", *ZVglRWiss* 2020, s. 49; Daniel Hürlimann/Herbert Zech, "Rechte an Daten", *sui-generis* 2016, s. 92; Sebastian Omlor, "Kryptowährungen

Ayrıca, sistem katılımcıları, irade özgürlüğü sayesinde değiştirelemeyen jetonlara ilişkin hukukî düzenini kendi aralarında kararlaştırabilirler. Ancak, böyle bir düzenlemenin sistem katılımcısı olmayan üçüncü kişileri kapsayacak şekilde genişletilmesi irade özerkliğinden hareketle gerçekleştirilemez; bunun için kanun koyucunun düzenleme yapmasına ihtiyaç vardır. Böyle bir düzenleme ise henüz mevcut değildir.⁶⁰

2. Borç Görüşü

Doktrinde, blok zincirindeki sistem katılımcılarının tüm ağ karşısında birer alacak hakkına sahip olup olmadıkları, dolayısıyla da her bir jetonun borç olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususu tartışmalıdır.⁶¹ Hâkim görüş gereğince, bu sistem bakımından bir karşı tarafın varlığından söz edilemeyeceği için söz konusu yaklaşım reddedilmelidir.⁶² Gerçekten de, blok zincirleri merkezi olmayan bir yapıya sahiptir. Ancak, bu durum, blok zincirine katılmakla birlikte diğer sistem katılımcılarıyla herhangi bir hukukî ilişkinin kurulmadığı anlamına da gelmez. Blok zinciri protokolüne ilişkin kuralların algoritmik bir yapıya sahip olması ve bilgisayarlara yönelik olması, bir blok zincirine katılırken borcun doğmasına engel teşkil etmez.⁶³

Nitekim, bir görüşe göre, blok zincirine katılmalarıyla birlikte katılımcılar buna ilişkin blok zinciri protokolüne tâbi olmaktadır ve böylece diğer katılımcılarla buna ilişkin bir anlaşma yapmaktadırlar. Bunun sonucu, protokol kurallarına uygun olarak jeton satın alan katılımcıların, ilgili jetonda yer alan diğer tüm sistem katılımcılarına karşı bir alacak hakkına sahip olmalarıdır. Bu, her ne kadar mutlak bir hakka yakın görünse de burada herkese karşı değil, ancak sistem katı-

im Geldrecht", ZHR, 183 (2019), s. 308; von der Crone/Kessler/Angstmann, s. 339; Kaulartz/Schmid, s. 300; Aref/Fábián/Weber, s. 391; Cordula Lötscher, Der digitaler Nachlass, Schulthess, Zürich 2021, N. 314.

⁶⁰ von der Crone/Kessler/Angstmann, s. 339; Aref/Fábián/Weber, s. 391.

⁶¹ Benjamin V. Enz, Kryptowährungen im Lichte von Geldrecht und Konkursaussonderung, Schulthess, Zürich 2019, N. 357; von der Crone/Kessler/Angstmann, s. 340.

⁶² Benedikt Seiler/Daniel Seiler, "Sind Kryptowährungen wie Bitcoin (BTC), Ethereum (ETH) und Ripple (XRP) als Sachen im Sinne des ZGB zu behandeln?", sui generis 2018, s. 162.

⁶³ von der Crone/Kessler/Angstmann, s. 340 vd.; Aref/Fábián/Weber, s. 391-392.

lımcılarına karşı ileri sürülebilene nispi bir hak mevcuttur. Bu görüşün birtakım pratik zorlukların olması ise, sistem katılımcıları arasında hukukî bir ilişki bulunduğunu gerçeğini değiştirmez.⁶⁴

3. Kıymetli Evrak

Kıymetli evrak, içerdiği hakkın, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği ve başkasına devredilemeyeceği senetlerdir (TTK. m. 645; Art. 965 OR). Görüldüğü üzere, kıymetli evrak, hak ve senedin iç içe geçtiği bir senettir. Hak ve senet arasındaki bu bağıllık, söz konusu hakkı kimin kullanmaya yetkili olduğunun belirlenmesini sağlar. Hatta, hâkim görüş gereğince, elektronik depolama ortamları da irade açıklaması taşıyıcısı ve dolayısıyla belge olabilir. Bu anlamda belge olarak elektronik depolama ortamı kullanıldığı takdirde, depolama ortamı üzerindeki fiilî hâkimiyetin devri yoluyla onun içerdiği hak üzerinde tasarrufta bulunulması mümkündür. Çünkü, kıymetli evrak hukukundaki hükümler, maddî olmayan bir hakkın maddî bir evrakla birbirine sıkı şekilde bağlandığı esasına dayanmaktadır.⁶⁵ Buradan hareketle, bir görüşe göre, jetonlar da kıymetli evrak olarak nitelendirilebilir.⁶⁶

Değiştirilemeyen bir jetonun devri halinde, devre konu hakkı belgeleyen elektronik depolama ortamı üzerinde maddî anlamda bir tasarruf söz konusu olmaz. Ethereum blok zincirinde önceden kayıtlı olan bilgiler, ek bilgileri de içerecek şekilde genişletilir ve düğümlerin bulunduğu bilgisayarlarda merkezi olmayan biçimde depolanır. Dolayısıyla, blok zincirinde bulunan ve düğümlerin yer aldığı bilgisayarlarda depolanan veriler, belge olarak kabul edilmemelidir. İşte, bu sebeple, değiştirilemeyen jetonlar da TTK. m. 645 vd. anlamında birer kıymetli evrak olarak değerlendirilemez.⁶⁷

4. Kıymetli Hak

İsviçre Hukuku'nda Federal Kanunun Dağıtık Elektronik Sicil Teknolojisindeki Gelişmelere Uyarlanması Hakkındaki Federal Kanun⁶⁸ 1

⁶⁴ von der Crone/Kessler/Angstmann, s. 340; Aref/Fábián/Weber, s. 392.

⁶⁵ Aref/Fábián/Weber, s. 392; Tamer Bozkurt, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 2 vd.

⁶⁶ Mirjam Eggen, "Was ist ein Token?", *AJP* 2018, s. 563-564.

⁶⁷ von der Crone/Kessler/Angstmann, s. 341.

⁶⁸ BBl 2020, s. 276 vd.

Ağustos 2021 itibariyle yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Buna göre, Art. 973c OR'da öngörülen adi kıymetli hak (einfache Wertrechte), kıymetli evrak niteliğini haiz değildir. Oysa, Art. 973d OR'daki sicilli (kayıtlı) kıymetli hak (Registerwertrechte) kıymetli evrak niteliğini haizdir. Sicilli kıymetli hakların, taraflar arasındaki anlaşmaya dayalı olarak bir blok zincirine kaydedilmiş olması gerekir. Ayrıca, bunlar, sadece sicili aracılığıyla ileri sürülebilir ve başkalarına devredilebilir niteliktedir.⁶⁹

Nitekim, bir görüşe göre, jetonlar birer kıymetli hak olabilir.⁷⁰ Keza, DLT Kanununa ilişkin rapora göre, hizmet jetonlarına ek olarak, talep veya üyelik şeklinde hukukî bir durum meydana getiren menkul kıymet jetonlarının bu kapsamda ele alınması gerekir. Ödeme jetonları ise buraya dâhil edilmemelidir.⁷¹ Bu çerçevede, değiştirilemeyen bir jeton, kıymetli evrakta belgelenebilir devredilebilen bir hak olduğu ve Art. 973d OR hükmündeki diğer şartları yerine getirdiği takdirde, bu anlamda sicilli kıymetli haklara dâhil olur.⁷²

IV. Değiştirilemeyen Jeton Niteliğindeki Eserlerin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Anlamında Birer Eser Sayılıp Sayılmayacağı Meselesi

Değiştirilemeyen jetonların hukukî niteliğine ilişkin tartışmalar yukarıda açıklanmıştır. Ayrıca, değiştirilemeyen jetona konu dijital varlığın 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında birer eser olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği de ortaya konulmalıdır.⁷³

Öncelikle, eser kavramı FSEK. m. 1/B hükmünde tanımlanmaktadır. Buna göre, eser, "*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini*" ifade eder. Şu halde, bir fikrî ürünün ve bu kapsamda dijital varlığın kanun anlamında eser sayılabilmesi için subjektif ve

⁶⁹ von der Crone/Baumgartner, s. 354 vd.

⁷⁰ Eggen, s. 564.

⁷¹ Söz konusu rapor için bkz. <https://www.newsadmin.ch/newsd/message/attachments/56192.pdf> (Erişim Tarihi: 24.12.2021).

⁷² Aref/Fábián/Weber, s. 393.

⁷³ Bunun dışında, NFT oluşturmanın (minting) fikrî hak konusu olup olamayacağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaulartz/Schmid, s. 301.

objektif olmak üzere iki unsura ihtiyaç vardır. Bu itibarla, eser hem sahibinin özelliklerini taşımalı hem de kanunda sayılan eser türlerinden birine dâhil olmalıdır.⁷⁴

Eserin sahibinin özelliklerini taşıması için, onun herkesçe kolayca ortaya çıkarılabilecek durumda bulunmaması, yani basitin ötesinde bir fikrî çabanın ürünü olması gerekir. Eserin kendisinden önce yaratılmış olanlardan yararlanılmaksızın ortaya konmuş bir ürün olmasına ise gerek yoktur. Fakat, eser, sahibinin mührünü taşımalıdır.⁷⁵ Meselâ, “Everydays: The First 5000 Days” isimli dijital varlıkta bundan bahsetmek mümkündür. Yine, müzayede evi Sotheby tarafından 2021 yılında yaklaşık 12 milyon Amerikan dolarına satılan “CryptoPunk 7523” isimli eser de bu kapsamdadır.⁷⁶ Keza, müzayede evi Sotheby tarafından aynı yıl 5,1 milyon Amerikan dolarına alıcı bulan Refik Anadol’a ait “Machine Hallucinations-Space: Metaverse” isimli eser için de aynı değerlendirme yapılabilir.⁷⁷ Ancak, salt paylaşılan bir tweet’e ilişkin değiştirilemeyen jetonun ise sahibinin özelliğini taşıdığından söz etmek isabetli olmaz. Aynı şekilde, LeBron James’a ait, NBA Top Shot’ta 208 bin Amerikan dolarına satılan kısa bir smaç videosunun⁷⁸ sahibinin özelliğini taşıdığından söz edilemez.

Bu noktada, eseri meydana getirirken bilgisayar veya yazılımdan yararlanılabilir. Nitekim, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserlerinde durum bu şekildedir. Ancak, insan aklının ve zekâsının ürünü olmayan, meselâ tamamı bir bilgisayar tarafından kendiliğinden oluşturulan ürünler eser olarak kabul edilemez. Dolayısıyla, değiştirilemeyen jeton konusu dijital varlık tamamen kendiliğinden işleyen bir sürecin ürünü ise eser olarak değerlendirilemez.

İkinci unsur gereğince, fikrî ürün aynı zamanda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda belirtilen eser türlerinden birine dâhil olmalıdır. Çünkü, kanunda yer alan fikir ve sanat eserlerinin türleri bakımından

⁷⁴ Ramazan Uslu, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku’nda Eser Kavramı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 34; Büyüksağış/Özyiğit/Mirkelam Falay/Buldağ/Okur, s. 390.

⁷⁵ Büyüksağış/Özyiğit/Mirkelam Falay/Buldağ/Okur, s. 390-391.

⁷⁶ Bkz. <https://www.sothebys.com/en/buy/auction/2021/natively-digital-cryptopunk-7523/cryptopunk-7523> (Erişim Tarihi: 24.12.2021).

⁷⁷ Bkz. <https://www.webtekno.com/refik-anadol-nft-koleksiyon-milyon-dolar-satildi-h115757.html> (Erişim Tarihi: 24.12.2021).

⁷⁸ Bkz. <https://ftw.usatoday.com/2021/02/nba-top-shot-lebron-james-dunk-sold-record-price> (Erişim Tarihi: 26.12.2021).

sınırlı sayı ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla, kanunda sayılan eser türlerinin dışında bir tür oluşturularak jeton kapsamındaki sanat eserleri buraya dâhil edilemez. Şu hâlde, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserlerinin bu anlamda bir eser niteliğinde olabilmesi için kanunda sayılan türden bir fikir ve sanat eseri olması gerekir. Bunlar, ilim ve edebiyat eserleri (FSEK. m. 2), musiki eserleri (FSEK. m. 3), güzel sanat eserleri (FSEK. m. 4) ve sinema eserleri (FSEK. m. 5) şeklinde dört türdür.⁷⁹

Her bir kategori kapsamında ise farklı alternatifler mevcuttur. Meselâ, güzel sanat eserleri, estetik değere sahip olan; 1. yağlı ve sulu-boya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafi, 2. heykeller, kabartmalar ve oymalar, 3. mimarlık eserleri, 4. el işleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları, 5. fotoğrafik eserler ve slaytlar, 6. grafik eserler, 7. karikatür eserleri, 8. her türlü tipler böyledir (FSEK. m. 4/1).

Güzel sanat eserleri bakımından aranan bir unsur olarak estetik kavramı, benzeri olmayan, beğenilen, göze hoş gelen gibi anlamlarda kullanılır. Güzel sanat eserinin hangi materyalin üzerine yapıldığı ise önemsizdir. Dolayısıyla, söz konusu materyal kağıt, mermer gibi organik veya inorganik nitelikte olabilir. Ayrıca, güzel sanat eserini meydana getiren kişinin sanatçı olması da gerekmez. Meselâ, OpenSea, Makersplace, Rarible veya Nifty Gateway adlı internet sayfasında kendisine ait hesap açan herhangi bir değiştirilemeyen jeton sahibi kimse de eser sahibi olarak nitelendirilebilir. Üstelik, eserin estetik kaygıyla yapılmasına veya çok yüksek bir estetik değere sahip olmasına da gerek yoktur.⁸⁰

Kanaatimizce, değiştirilemeyen jeton konusu dijital varlık, sahibinin özelliğini taşıdığı ve estetik değere sahip olduğu takdirde bu daha

⁷⁹ Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul 2012, s. 103; Savaş Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2012, s. 38; Ömer Arbek, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 107.

⁸⁰ Tekinalp, s. 107, 126; Uslu, s. 135-136; Arbek, s. 116.

ziyade bir tür güzel sanat eseri olarak değerlendirilebilir.⁸¹ Nitekim, tabloların, resimlerin, fotoğrafik eserlerin ve grafik eserlerin burada sayılması da buna işaret etmektedir. Kaldı ki, sınırlı sayı ilkesi, bu kapsamdaki bir türün alt kategorisi bakımından geçerli değildir. Dolayısıyla, FSEK. m. 4'te sayılmamakla birlikte, güzel sanat eserine ilişkin unsurları içeren fikrî çabalar da buraya dâhildir.⁸² Ama, her değiştirelemeyen jeton konusu dijital varlık sahibinin özelliğini taşıyabilir veya bir estetik değere sahip olmayabilir. Böyle bir durumda ise, artık onun eser niteliğinden söz edilemez. Sonuç olarak, değiştirelemeyen jetonların tamamını kapsayacak kesin bir tespitte bulunmak yerine, bunun bir eser teşkil edip etmeyeceğini her somut olay bakımından değerlendirmek daha isabetli olur.

Eklenmelidir ki, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında eser kavramı sadece müstakil (bağımsız=orijinal), yani varlıkları başka bir esere bağlı olmayan eserlerden ibaret değildir. İşlenme ve derleme eserler de buraya dâhildir. Bunlar ise başka bir eserden yararlanarak meydana getirilen ve bu esere oranla müstakil olmayan fikir ve sanat ürünleridir. İşlenme ve derlemeler FSEK. m. 6 hükmünde misaller halinde sayılmaktadır. Meselâ, güzel sanat eserinin bir şekilde diğer şekle sokulması bu kapsamdadır. Yeter ki, söz konusu eser, hak sahibinin (işleyen veya derleyen) kendi özelliğini taşıyın (FSEK. m. 1/B,c-d). Bu takdirde, eseri meydana getiren kimse onun üzerinde fikrî hak sahibi olur. Meselâ, yağlı boya bir tablodan yararlanarak değiştirilemeyen jeton konusu bir karikatür eser yaratarak onu işleyen kimse de Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki korumadan yararlanır. Nitekim, bir işlenmenin ve derlemenin sahibi, asıl eser sahibinin hakları saklı kalmak kaydıyla onu işleyen kimsedir (FSEK. m. 8/II).⁸³

Son olarak, miras hukukuna ilişkin değerlendirmede bulunmadan önce, eser üzerinde eser sahibine tanınan fikrî haklar da açıklanmalıdır. Söz konusu haklar, manevî yetkiler (FSEK. m. 14 vd.) ile malî yetkililerdir (FSEK. m. 20 vd.). Bu itibarla, eser üzerindeki manevî yet-

⁸¹ A. Gökçen Karasioğlu, Gürbüz, "Eser Sahibinin Dijital Mührü: NFT Sanat Eserleri", Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Ankara 2021, s. 654.

⁸² Bozbel, s. 38; Arbek, s. 115; Gürhan Sefa Doğrul, Mimarın Telif Hakkı, Cem Yayınevi, Ankara 2013, s. 74.

⁸³ Tekinalp, s. 133 vd.; Arbek, s. 121-122.

kiler, umuma arz yetkisi (FSEK. m. 14), eserde adın belirtilmesi yetkisi (FSEK. m. 15) ve eserde değişiklik yapılmasını menetme yetkisidir (FSEK. m. 16). Manevî yetkiler bunlardan ibarettir; yani sınırlı sayıdadır. Malî yetkiler ise, işleme yetkisi (FSEK. m. 21), çoğaltma yetkisi (FSEK. m. 22), yayma yetkisi (FSEK. m. 23), temsil yetkisi (FSEK. m. 24) ile yayın ve umuma iletim yetkisidir (FSEK. m. 25). Keza, bunlarda da sınırlı sayı esası geçerlidir (FSEK. m. 20/I).⁸⁴

Bir eserin sahibi onu meydana getiren kimsedir (FSEK. m. 8/I). Dolayısıyla hem manevî yetkiler hem de malî yetkiler eser sahibine aittir. Diğer taraftan, manevî yetkilerle malî yetkiler arasında hukukî işlemlere konu olabilme bakımından temel bir fark söz konusudur. Şöyle ki, manevî yetkiler, kural olarak bizzat eser sahibi tarafından kullanılabilir. Bunlar, sağlar arası işlemlerin veya ölüme bağlı tasarrufların konusu olamazlar. Üstelik, manevî yetkiler, mirasçılara da geçmez. Ancak, manevî yetkilerin bazı durumlarda eser sahibinin yakınları gibi başka kişiler tarafından kullanılması mümkündür (FSEK. m. 19).⁸⁵ Ayrıca, malî yetkilerden farklı olarak, manevî yetkilerin korunması herhangi bir süreye tâbi değildir. Başka bir deyişle, manevî yetkiler ebedî olarak korunur.⁸⁶

Malî yetkilerde ise durum farklıdır. Gerçekten de malî yetkiler, hem sağlar arası hem de ölüme bağlı tasarruflara konu olabilirler (FSEK. m. 48 vd.). Üstelik, bu yetkiler birbirinden bağımsızdır. Dolayısıyla, eser sahibinin bunlardan birini kullanması veya üzerinde tasarrufta bulunması, diğerleri üzerinde sahip olduğu hakkı etkilemez (FSEK. m. 20/I). Yine, manevî yetkilerden farklı olarak, malî yetkiler mirasçılara geçer. Nihayet, malî yetkiler ancak belli bir süre boyunca korunur (FSEK. m. 26/I). Koruma süresi eser sahibinin yaşadığı süre boyunca ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder (FSEK. m. 27/I).⁸⁷

⁸⁴ Tekinalp, s. 160 vd.; Bozbel, s. 98 vd.

⁸⁵ Arbek, s. 130-131. Diğer bir görüşe göre ise, FSEK. m. 19 gereğince, manevî yetkiler miras yoluyla eser sahibinin yakınlarına ve Kültür ve Turizm Bakanlığı'na geçerler (Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri*, II, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1954, s. 88).

⁸⁶ Tekinalp, s. 162-163; Arbek, s. 129-130; Yalçın Tosun, *Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar*, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2016, s. 83 vd.

⁸⁷ Tekinalp, s. 180-181; Bozbel, s. 98-99; Başak Bak, *Fikri Haklarda Sözleşmeden Cayma*, Turhan Yayınevi, Ankara 2016, s. 108-109.

İşte, manevî ve malî yetkilere ilişkin bu esaslar değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserlerinde de göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir deyişle, bir değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eseri üzerindeki malî yetkiler bakımından mirasçılara geçişinden ve ölüme bağlı tasarrufa konu olabileceğinden söz etmek mümkündür. Manevî yetkiler ise, eser sahibine ait olup, mirasçılara geçişe elverişli değildir.

V. Mirasın Geçmesine İlişkin Değerlendirme

1. Tereke Bakımından

Türk Hukuku'nda dijital varlıkların miras yoluyla geçmesine ilişkin özel bir düzenleme yoktur.⁸⁸ Aynı şekilde, söz konusu mesele hakkında henüz bir Yargıtay kararı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserlerinin mirasçılara geçip geçmediğine ilişkin olarak öncelikle TMK m. 599/II hükmü ele alınmalıdır. Çünkü, bu hükme göre, *“kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynî haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar”*. Burada inceleme konusu bakımından önem arz eden ifade ise *“diğer malvarlığı hakları”* dır. Gerçekten de söz konusu ifadeden hareketle, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserleri üzerindeki haklar buraya dâhil edilebilir mi? Bunun için öncelikle tereke kavramının açıklanması gerekir.

Tereke, mirasbırakanın ölümüyle birlikte mirasçılarına geçmeye elverişli özel hukuk ilişkilerinin tamamından oluşur. Şu hâlde, mirasçılara geçmeye elverişli özel hukuk nitelikli haklar ve borçlar dâhil buraya dâhildir.⁸⁹

⁸⁸ Amerikan Hukuku kapsamında ise özellikle Uniform Law Commission (Yeknesak Hukuk Komisyonu) tarafından 2012 yılından beri üzerinde çalışılan Dijital Varlıklara Yeknesak Erişim Kanunu (Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act) zikredilebilir. Bu kapsamda, vasiyeti yerine getirme görevlisinin dijital varlıklara erişim sağlaması düzenlenmektedir. Söz konusu kanun, Amerika'da 46 eyalet tarafından kabul edilmiş olup halen yürürlüktedir. Bkz. <https://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/access-to-digital-assets-of-decedents.aspx> (Erişim Tarihi: 20.12.2021).

⁸⁹ Fikret Eren/İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, N. 7; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul 1978, s. 31; Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Vedat

Terekenin konusuna esas itibariyle malvarlığı hakları girer. Malvarlığı, parasal değeri olan hak ve borçlardan meydana gelir. Bu kapsamda, malvarlığında haklardan oluşan aktif kısım ile borçlardan oluşan pasif kısım yer alır. Miras hukukunda malvarlığı ve tereke bazen eş anlamlı kullanılır. Nitekim, tereke, esas itibariyle kişinin ölümü ile birlikte sabit hale gelen malvarlığıdır. Gerçekten de miras yoluyla geçen hak ve ilişkilerin başında malvarlığı hak ve ilişkileri vardır. TMK m. 599/II gereğince, terekeye malvarlığının aktif kısmı dâhildir. Meselâ, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklar esasen terekede de yer alır. Yine, alacak hakları, fikrî ve sınaî haklar da bu kapsamdadır. Keza, zilyetlik de böyledir. Bu sayma sınırlayıcı değildir. Gerçekten de, dijital varlıklar da bazı hallerde terekeye dâhil olur.⁹⁰ Ama, ekonomik amaçla kullanılmayan ve parasal değeri de bulunmayan dijital varlıklar mirasçılara geçmez. Çünkü, onların bir parasal değerinden söz edilemez. Meselâ, mirasbırakanın öldüğü an itibariyle ekonomik değer oluşturacak kadar takipçisi bulunmayan sosyal medya hesabında durum böyledir.

Oysa, dijital varlıkların bir türü olarak değiştirilemeyen jetonlar parasal değere sahiptir ve dolayısıyla terekenin aktifinde yer alır. Gerçekten de mirasbırakanın banka hesabında yer almakla birlikte sadece dijital ortamda bulunan parası ile yine dijital ortamda sahip olduğu ve piyasada aynı değere kolaylıkla alıcı bulabileceği dijital varlığı arasında terekeye dâhil olmak bakımından bir fark yoktur.⁹¹ Aynı şekilde, kullanıcılarla dijital varlık saklama ve yönetim hizmeti sağlayan şirketler arasında yapılan sözleşmelerden doğan hak ve borçlar da terekeye dâhildir. Meselâ, NFT platformu olan OpenSea ile kullanıcı arasında yapılan sözleşmede durum böyledir.⁹²

Bu noktada, Antalya Bölge Adliye Mahkemesi'nin bir kararı zikredilebilir.⁹³ Her ne kadar söz konusu karar değiştirilemeyen jetonlarla

Yayınevi, İstanbul 2004, s. 12; Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, 12. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 16; Mustafa Dural/Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, Miras Hukuku*, C. 4, 15. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul 2020, N. 55; Zahit İmre/Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 9. Baskı, Der Yayınevi, İstanbul 2013, s. 10; O. Gökhan Antalya, *Miras Hukuku*, C. 3, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. N. 75.

⁹⁰ Eren/Yücer Aktürk, N. 10; Kocayusufpaşaoğlu, s. 31-32; Öztan, s. 17; Dural/Öz, N. 57; Antalya, N. 84.

⁹¹ Büyüksağış/Özyiğit/Mirkelam Falay/Buldağ/Okur, s. 376 vd.

⁹² Bu sözleşmeler hakkında ayrıca bkz. Büyüksağış/Özyiğit/Mirkelam Falay/Buldağ/Okur, s. 354 vd.

⁹³ Antalya BAM. 6. HD. T. 13.11.2020, E. 2020/1149 K. 2020/905 (KBİBB.).

ilgili olmasa da dijital cüzdan hesabı gibi dijital varlıkların terekeye dâhil olduğunun tespiti bakımından önemlidir. Buna göre, mirasbırakanın e-posta hesabı ve buna bağlı olarak kullanılan sosyal medya hesapları, dijital cüzdan hesapları gibi maddî değer ifade eden dijital malvarlığı terekeseine dâhildir. Aynı sonuca değiştirilemeyen jetonlar bakımından varmak da mümkündür. Meselâ, özel anahtar kapsamındaki şifreden haberi olmayan mirasçılar buna ilişkin bilgilerin kendileriyle paylaşılmasına yönelik istemde bulunabilirler. Bunların mirasçılarla paylaşılmayacağına yönelik kullanım koşullarının varlığı halinde ise genel işlem koşuluna ilişkin TBK m. 20 ve haksız şarta yönelik TKHK m. 5 hükmü göz önünde bulundurulmalıdır.⁹⁴

Diğer taraftan, tereke her zaman malvarlığıyla örtüşmez. İlk olarak, malvarlığında bulunmayan bazı haklar istisnaen de olsa tereke mevcuduna dâhil edilir. Meselâ, denkleştirmeye tâbi kazandırmalar (TMK m. 669) tereke hesabında göz önünde bulundurulur.⁹⁵

Bazı hukukî ilişkiler ise, malvarlığında bulunur; fakat terekede yer almazlar. Nitekim, mirasbırakanın şahsına bağlı olup, onun ölümü ile birlikte sona eren hukukî ilişkilerde durum böyledir. İşte, intifa ve oturma hakkı buna misal gösterilebilir. Çünkü, bunlar hak sahibinin ölümü ile birlikte sona ererler; terekede yer almazlar (TMK m. 797, m. 823). Keza, manevî tazminat istemi de mirasçılara geçmez. Ama, manevî tazminat isteminin mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olması bunun istisnasıdır (TMK m. 25/IV).⁹⁶ Değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserleri üzerindeki fikrî haklardan malî yetkiler ise buraya dâhil değildir. Bunlar, mirasbırakanın şahsına bağlı olmayıp, terekede yer alırlar.

Mirasbırakanın şahsına bağlı haklar gibi, onun kişisel niteliklerinin önemli olduğu borç ilişkileri de terekede yer almazlar. Meselâ, yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılan bir eser sözleşmesi yüklenicinin ölmesi halinde sona erer (TBK m. 486). Dolayısıyla, ölen yüklenicinin borcu mirasçılara geçmez. Benzer hüküm,

⁹⁴ Büyüksağış/Özyiğit/Mirkelam Falay/Buldağ/Okur, s. 360 vd.

⁹⁵ Eren/Yücer Aktürk, N. 11; Kocayusufpaşaoğlu, s. 31 vd.; Öztan, s. 16; Dural/Öz, N. 65.

⁹⁶ Eren/Yücer Aktürk, N. 14 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 31 vd.; Öztan, s. 16; Dural/Öz, N. 58 vd.; İmre/Erman, s. 10; Antalya, N. 85 vd.

yayım sözleşmesi için de öngörülmektedir. Buna göre, eser sahibi eseri tamamlamadan önce ölürse, sözleşme kendiliğinden sona erer (TBK m. 500/I).⁹⁷ Nitekim, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eseri için de kişisel özelliklerin ön planda tutulduğu bu tarz bir sözleşme yapılabilir.⁹⁸ Şayet değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eseri tamamlanmadan önce ölürse, onun borcunun mirasçılara geçtiğinden söz edilemez.

Burada doktrinde tartışmalı olan ve uygulamada karşılık bulan⁹⁹ dijital tereke (digitaler Nachlass)¹⁰⁰ kavramı üzerinde de kısaca durulmalıdır.¹⁰¹ Bir tanıma göre, dijital tereke, mirasbırakanın dijital varlıklarının tamamını ifade eder. Bu görüş kabul edilirse, bilgisayarda veya bulut ortamında depolanmış veriler, e-posta, sosyal ağ vb. hesaplardaki veriler ile banka, müzayede evi, oyun platformu gibi internette bulunan hesaplardaki veriler buraya dâhil olur.¹⁰² Ancak, bu yaklaşım her şeyden önce tereke kavramıyla uyumlu değildir. Çünkü, terekeye sadece malvarlığı değerleri dâhil olabilir. Oysa, mirasbırakanın kişilik hakkı ve bu kapsamdaki kişisel verileri ölümle birlikte sona erer (TMK m. 28/I).¹⁰³

⁹⁷ Eren/Yücek Aktürk, N. 16; Kocayusufpaşaoğlu, s. 32; Öztan, s. 17-18; Dural/Öz, N. 62.

⁹⁸ Yayım sözleşmesinin konusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Azra Arkan Serim, *Yayım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri*, Legal Yayınevi, İstanbul 2017, s. 3 vd.

⁹⁹ Antalya BAM. 6. HD. T. 13.11.2020, E. 2020/1149 K. 2020/905 "Sonuç olarak, mahkemece tespit talebi gereğince murisin ölüm tarihi itibarıyla tüm aktif ve pasif mal varlığının tespiti ve bu minvalde dijital mal varlığının terekesine dahil olması gerektiği nazara alınarak dijital terekesinin de tespiti yapılarak araştırma ve inceleme sonucunda bir karar verilmesi gerekirken, ölü kişinin e posta hesabının özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilerek talebin reddine karar verilmiş olması hatalı olmuştur..." (KBİBB.).

¹⁰⁰ Bunun karşılığı olarak, dijital miras ifadesi için bkz. Yasemin Maraşlı Dinç, "Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti: Dijital Miras", *TBBD.*, S. 142, Ankara 2019 s. 274.

¹⁰¹ Ayrıca dijital malvarlığı kavramı için bkz. Martin Eggel/Nahuel Guidotti/Stephan Wolf, "Digitales Erbrecht - Perspektiven aus der Schweiz, *Überlegungen zur rechtlichen Einordnung des Digitalen im Erbgang*", Nomos/Stämpfli Yayınevi, Bern 2021, N. 4 vd.

¹⁰² Hans Rainer Künzle, "Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht", *Successio* 2015/9, s. 39; Nurten İnce Akman, "Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)", *İNÜHFD.*, C.9, S. 2, Malatya 2018, s. 534.

¹⁰³ Aynı yönde bkz. Lötscher, N. 6.

2. Küllî Halefîyet İlkesine Tâbi Olmak Bakımından

Kanun koyucu, mirasın mirasçılara geçmesi bakımından küllî halefîyet ilkesini kabul etmiştir. Bu itibarla, mirasbırakanın mirasçılara geçmeye elverişli hak ve borçları onun ölümüyle birlikte bir bütün olarak kendiliğinden mirasçılara geçer (TMK m. 599/I). Bu emredici bir hukuk kuralıdır. Dolayısıyla, mirasbırakan küllî halefîyet ilkesini yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla bertaraf edemez.¹⁰⁴

Küllî halefîyet ilkesi gereğince, mirasın mirasçılara geçmesi için mirasbırakanın ölümü yeterlidir. Keza, gaiplik kararı gibi ölümlü bir tutulan haller de aynı sonucu doğurur. Mirasın geçmesi için, mirasçıların kabulüne ve hatta haberdar olmalarına bile gerek yoktur. Miras, mirasçılara ölüm anında, kendiliğinden ve kanun gereğince geçer; devir veya tescil gibi ayrı ayrı tasarruf işlemlerinin yapılması gerekmez.¹⁰⁵

Aynı şekilde, miras, mirasçılara bir bütün olarak geçer. Başka bir deyişle, mirasbırakanın ölümüyle birlikte ona ait haklar veya borçlar ayrı ayrı değil, hepsi bir bütün olarak mirasçılara geçer.¹⁰⁶

Küllî halefîyet ilkesi bakımından kanunî mirasçılarla iradî mirasçılar arasında hiçbir fark yoktur. Ölüme bağlı tasarruf yoluyla mirasçı olarak atanan kimseler de ölümlü birlikte mirasçı sıfatını kazanırlar.

Değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserlerinin terekeye dâhil oldukları yukarıda açıklanmıştır. Dolayısıyla, küllî halefîyet ilkesi bir tür dijital varlık olan değiştirilemeyen jetonları da kapsar. Ancak, önceden belirtildiği üzere, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserleri üzerindeki fikrî haklar kapsamındaki manevî ve malî yetkiler arasındaki farklar burada unutulmamalıdır. Dolayısıyla, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eseri üzerindeki sadece malî yetkiler küllî halefîyet ilkesine tâbidir. Mirasçılar, söz konusu yetkileri mirasbırakanın ölümüyle birlikte kendiliğinden kazanırlar. Üstelik, mirasçılar malî yetkileri ayrı ayrı değil, bir bütün halinde kazanırlar.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Eren/Yücek Aktürk, N. 59-60; Kocayusufpaşaoğlu, s. 41; Öztan, s. 21; Dural/Öz, N. 74; İmre/Erman, s. 10; Antalya, N. 148 vd.

¹⁰⁵ Eren/Yücek Aktürk, N. 62; Öztan, s. 21; Dural/Öz, N. 79; Rona Serozan/Baki İlkay Engin, Miras Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, N. 64; Antalya, N. 154-155.

¹⁰⁶ Eren/Yücek Aktürk, N. 64; Kocayusufpaşaoğlu, s. 41-42; Öztan, s. 21; Dural/Öz, N. 80; İmre/Erman, s. 11; Antalya, N. 155.

¹⁰⁷ Künzle, s. 39-40.

3. Miras Ortaklığı İlkesine Tâbi Olmak Bakımından

Her mirasbırakanın en az bir mirasçısı (külli halefi) vardır. Gerçekten de kanunda sayılan türde bir kan hısımlı (TMK m. 495 vd.), eşi (TMK m. 499) ve evlâtlığı (TMK m. 500) olmaksızın ölen kimsenin mirası dahi mirasçıdan mahrum kalmaz; bu takdirde miras devlete geçer (TMK m. 501). Bununla birlikte, mirasçıların birden fazla olması da mümkündür. İşte, birden fazla mirasçının bulunması halinde, mirasın paylaşılmasına kadar mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir (TMK m. 640/I). Buna miras ortaklığı denir. Miras paylaşılıncaya kadar terekeyi oluşturan haklar üzerinde mirasçılar tereke üzerinde elbirliği ile hak sahibi olurlar. Elbirliği ile hak sahipliği sadece mülkiyet hakkıyla sınırlı değildir; sınırlı aynı haklar, alacak hakları, fikrî haklar vb. bakımından da aynı esas geçerlidir (TMK m. 599/II).¹⁰⁸ Şu hâlde, eser sahibi mirasbırakanın birden fazla mirasçısının olması halinde, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eseri üzerindeki fikrî haklar bakımından da elbirliği ile hak sahipliğinden söz etmek mümkündür.

Miras ortaklığında yönetim bakımından oybirliği esası geçerlidir (TMK m. 640/II). Dolayısıyla, mirasçıların birinin veya bazılarının terekeye dâhil haklar üzerinde tek başına tasarrufta bulunması mümkün değildir. Mirasçılar, her türlü tasarruf işlemi için oybirliğiyle karar vermek zorundadır. Aksi takdirde, yapılan işlem diğer mirasçılar için bağlayıcı değildir.¹⁰⁹ Aynı şekilde, eser sahibinin mirasçıları kendilerine kanunen tanınan malî yetkileri süre, yer ve içerik itibariyle sınırlayarak veya sınırlamaksızın, karşılıklı veya karşılıksız biçimde başkalarına devredebilirler (FSEK. m. 48/I). Bu kapsamda, mirasçılar değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserine ilişkin bir lisans sözleşmesi yapabilirler (FSEK. m. 48/II). Ancak, böyle bir sözleşmenin yapılıp yapılmayacağı hususunda mirasçılar anlaşmazlık yaşayabilirler ve biri buna rıza göstermeyebilir. Bu noktada, FSEK. m. 10/II hükmü kıyasen burada da dikkate alınmalıdır. Böylece, mirasçılardan biri, birlikte yapılacak bir hukukî işleme haklı bir sebep olmaksızın karşı çıkarsa, bu rıza mahkeme tarafından verilebilir.¹¹⁰

¹⁰⁸ Eren/Yücer Aktürk, N. 67; Öztan, s. 22; Dural/Öz, N. 1864 vd.; İmre/Erman, s. 12; Antalya, N. 160-161.

¹⁰⁹ Eren/Yücer Aktürk, N. 67; Dural/Öz, N. 1873; Ahmet M. Kılıçoğlu, Miras Hukuku, 4. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2012, s. 296.

¹¹⁰ Bozbel, s. 232.

4. Borçlardan Şahsen ve Müteselsil Sorumluluk Bakımından

Mirasbırakanın borçları bakımından da külli halefiyet ilkesi geçerlidir. Başka bir deyişle, mirasbırakanın borçları, kendiliğinden mirasçıların borcu haline gelir. Bunun için ayrıca borcun üstlenilmesine gerek yoktur. Böylece, mirasçılar, borçlardan dolayı şahsen ve sınırsız sorumlu olurlar. Yani, devletin kanunî mirasçılığı (TMK m. 631/II) haricinde, mirasçılar, mirasbırakanın borçlarından dolayı sadece terekeden kendi miras paylarına düşecek mallarla değil, bütün malvarlıklarıyla sorumludur.¹¹¹ Ne var ki, yukarıda açıklandığı üzere, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eseri meydana getirme borcunu üstlenen mirasbırakan öldüğü takdirde, bundan mirasçılar sorumlu tutulamaz.

Bununla beraber, mirasçıların borçlardan sorumluluğu bakımından müteselsil sorumluluk esası geçerlidir (TMK m. 681/I; TBK m. 162 vd.). Dolayısıyla, alacaklı alacağının tamamını dilerse bütün mirasçılardan dilerse bir mirasçıdan isteyebilir.¹¹² Meselâ, eser sahibi lisans sözleşmesiyle birisine değiştirilemeyen jeton niteliğindeki eseri üzerindeki lisans hakkını devretme borcu altına girer; ancak bunu ifa etmeden önce ölürse, mirasçılar malî yetkileri lisans alana devretme borcu bakımından müteselsilen sorumlu olurlar. Keza, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eseri için eser sahibine belli bir oranda telif ödenmesi kararlaştırılmışsa, değiştirilemeyen jetonu devralan kimse bunu ödemek zorundadır. Aksi takdirde, eser sahibinin ölümünde olduğu üzere, borçlunun ölümü halinde de bundan dolayı müteselsil sorumluluk söz konusu olur.

5. Ölüme Bağlı Tasarruflara Konu Olmak Bakımından

Ölüme bağlı tasarruflar, hüküm ve sonuçlarını mirasbırakanın ölümünden sonra ve onun terekesinde meydana getiren hukukî işlemlerdir. Ölüme bağlı tasarruf kavramı iki farklı anlama gelir. Bunlar, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar ve maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflardır.¹¹³

¹¹¹ Eren/Yücer Aktürk, N. 68; Öztan, s. 23; Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, Türk Medenî Hukuku, Miras Hukuku, 8. Baskı, İleri Yayınevi, İzmir 2012, s. 77; İmre/Erman, s. 12; Antalya, N. 162.

¹¹² Eren/Yücer Aktürk, N. 69; Öztan, s. 23; Dural/Öz, N. 1894; İmre/Erman, s. 12; Antalya, N. 163.

¹¹³ Eren/Yücek Aktürk, N. 185-186; Kocayusufpaşaoğlu, s. 127; Öztan, s. 18; Dural/Öz, N. 72; İmre/Erman, s. 13-14; Antalya, N. 357, 360.

Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın iradesini açıklarken uymak zorunda olduğu şekildir. Bu, ya vasiyetname (TMK m. 531 vd.) ya da miras sözleşmesi (TMK m. 545) şeklinde yapılabilir. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf bakımından sınırlı sayı ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla, bunların dışında ölüme bağlı tasarrufta bulunmak mümkün değildir.¹¹⁴

Oysa, mirasbırakanla hizmet sağlayıcı arasında kurulan sözleşmede platform kullanım koşulları kapsamında dijital verilerin mirasçılara geçmesi bakımından hükümler öngörülmüş olabilir. Meselâ, sosyal medya hesapları bakımından buna uygun olmayan bazı hükümlerle karşılaşılabilir. Benzer bir durum değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserleri bakımından da söz konusu olabilir. Ayrıca, mirasbırakan da vasiyeti yerine getirme görevlisi atama gibi ölüme bağlı tasarruf kapsamında talimatlarını böyle bir platformda açıklamış olabilir. Ne var ki, kanunda aranan sıkı şekil şartları karşısında bunlara hukukî sonuç bağlanamaz. Gerçekten de, dijital varlıklarının ölümünden sonraki akıbetini internet hesabındaki elektronik form üzerinden belirleyen mirasbırakanın iradesi, favor testamenti (vasiyetname lehine yorum) ilkesinden hareketle üstün tutulamaz. Çünkü, kullanıcının ölümünden sonra malvarlığında etki doğurmak üzere kararlaştırılan hükümler ölüme bağlı tasarruf kapsamında değerlendirilmelidir. Bunlar ise ancak ölüme bağlı tasarruflar için aranan şekli şartlarını taşıdıkları takdirde geçerlidir. Nitekim, vasiyetname lehine yorum ilkesinin amacı da şekle aykırı bir açıklamanın ayakta tutulup ölüme bağlı tasarruf olarak değerlendirilmesi değil; şekle uygun yapılan, ama açık olmayan bir irade açıklamasını aydınlığa kavuşturulmasıdır.¹¹⁵

Maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların içeriğini ifade eder. Meselâ, belirli mal bırakma (vasiyet) böyledir. Nitekim, mirasbırakan eser sahibi değiştirilemeyen jeton üzerindeki işleme yetkisi bakımından bir vasiyet alacaklısı tayin ede-

¹¹⁴ Eren/Yücek Aktürk, N. 187-188; Kocayusufpaşaoğlu, s. 127 vd.; Öztan, s. 18; Dural/Öz, N. 301; İmre/Erman, s. 13-14; Antalya, N. 401 vd.; Hasan İşgüzar/Mehmet Demir/Süleyman Yılmaz, Miras Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 23-24.

¹¹⁵ Künzle, s. 40; Dural/Öz, N. 979-980; M. Kemal Oğuzman, Miras Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 208; Büyüksağış/Özyiğit/Mir-kelam Falay/Buldağ/Okur, s. 364-365; Maraşlı Dinç, s. 280.

bilir. Bu takdirde, söz konusu vasiyet alacaklısı, mirasçı olmadığı için miras ortaklığına da dâhil değildir; mirasbırakanın ölümüyle birlikte mirasçılara karşı ileri sürülebilecek bir alacak hakkını elde eder (TMK m. 600). Vasiyet borçlusu, vasiyet edilen değeri, bu değer tür ve niteliğine göre gerekli esas ve şekil şartlarına uygun bir hukukî işlemle alacaklıya devretmek zorundadır. Bu kapsamda, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserine ilişkin devir usulü yerine getirilmelidir. Bu ise, değiştirilemeyen jetona ait özel ve genel anahtar bilgileri bakımından alacaklının hâkimiyeti sağlanarak gerçekleştirilebilir. Borcun yerine getirilmemesi halinde vasiyet alacaklısı eda davası açabilir.

Sonuç

Türk hukukunda değiştirilemeyen jetonlara ilişkin henüz doğrudan bir kanunî düzenleme veya içtihat bulunmamaktadır. Bununla beraber, değiştirilemeyen jetonlar dijital varlıkların bir türü olarak değerlendirilebilir. Üstelik, dijital varlıkların tamamı olmasa da değiştirilemeyen jetonların terekeye dâhil oldukları kabul edilebilir. Çünkü, bunlar parasal değeri haiz olup mirasçılara geçmeye elverişlidir.

Değiştirilemeyen jetonlar dijital alanda daha önce imkânsız olan bir durumu, yani dijital orijinalin oluşturulmasını sağlamaktadır. Söz konusu jetonun kendisi değiştirilemeyen ve eşsiz bir jetondur. Bununla beraber, değiştirilemeyen jetonla temsil ettiği dijital varlık bakımından ayrı ayrı değerlendirmede bulunulmalıdır. Söz konusu dijital varlığın Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında bir eser olarak değerlendirilebilmesi kanunda aranan bazı şartları sağlamasına bağlıdır. Bunlar, sahibinin özelliklerini taşıması ve kanunda sayılan kategorilerden birine ait olmasıdır. Dolayısıyla, her değiştirilemeyen jetonun birer sanat eseri olduğu söylenemez. Gerçekten de değiştirilemeyen jetonlar sanat dışında da uygulama alanı bulmaktadır. Ancak, eser niteliğini haiz bir değiştirilemeyen jeton bakımından parasal değerden söz etmek mümkündür. Dolayısıyla, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserleri TMK m. 599/II anlamında birer diğer malvarlığı hakkı olarak değerlendirilmeli ve bunların mirasçılara geçecekleri kabul edilmelidir. Aynı sonuç, işlenme eser niteliğindeki değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserleri bakımından da geçerlidir.

Bununla birlikte, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserleri üzerindeki fikrî hakların sağladığı yetkiler bakımından bir ayırım

yapılmalıdır. Buna göre, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserinin sahibine tanıdığı manevî yetkiler mirasçılara geçmez. Ama, bu durum malî hakların mirasçılara geçmesine engel değildir. Üstelik, değiştirilemeyen jeton niteliğindeki sanat eserlerine ilişkin malî yetkiler bakımından ölüme bağlı tasarruf yapılması da mümkündür. Ancak, bunun için kanunda aranan sıkı şekil şartlarına uyulmuş olması gerekir. Aksi takdirde, yapılan ölüme bağlı tasarruf hüküm ve sonuç doğurmaz.

Kaynakça

Kitaplar

- Antalya O. Gökhan, Miras Hukuku, C. 3, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Arbek Ömer, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2005.
- Arkan Serim Azra, Yayımlı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri, Legal Yayınevi, İstanbul 2017.
- Arsanlı Halil, Fikri Hukuk Dersleri, II, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1954.
- Bak Başak, Fikri Haklarda Sözleşmeden Cayma, Turhan Yayınevi, Ankara 2016.
- Bozbel Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2012.
- Bozkurt Tamer, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Doğrul Gürhan Sefa, Mimarın Telif Hakkı, Cem Yayınevi, Ankara 2013.
- Dural Mustafa/Öz Turgut, Türk Özel Hukuku, Miras Hukuku, C. 4, 15. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul 2020.
- Enz Benjamin V., Kryptowährungen im Lichte von Geldrecht und Konkursaussonderung, Schulthess, Zürich 2019.
- Eren Fikret/Yücer Aktürk İpek, Türk Miras Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Gyr Eleonor, Blockchain und Smart Contracts: Die vertraglichen Implikationen einer neuen Technologie, Diss. Basel 2019.
- Hatemi Hüseyin, Miras Hukuku, 4. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul 2004.
- İmre Zahit/Erman Hasan, Miras Hukuku, 9. Baskı, Der Yayınevi, İstanbul 2013.
- İnan Ali Naim/Ertuş Şeref/Albaş Hakan, Türk Medenî Hukuku, Miras Hukuku, 8. Baskı, İleri Yayınevi, İzmir 2012.
- İşgüzar Hasan/Demir Mehmet/Yılmaz Süleyman, Miras Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Miras Hukuku, 4. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2012.
- Kocayusufoğlu Necip, Miras Hukuku, 2. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul 1978.
- Link Mathias/Omlor Sebastian, Kryptowährungen und Token, Recht Und Wirtschaft GmbH, Frankfurt am Main 2021.
- Lötscher Cordula, Der digitaler Nachlass, Schulthess, Zürich 2021.

- Oğuzman M. Kemal, *Miras Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- Oswald Dominik, *Erlös aus Kryptowährungen*, Schulthess, Zürich 2021.
- Öztan Bilge, *Miras Hukuku*, 12. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Serozan Rona/Engin Baki İlkay, *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Tekinalp Ünal, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul 2012.
- Tosun Yalçın, *Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar*, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2016.
- Uslu Ramazan, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku'nda Eser Kavramı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

Makaleler

- Aref Magda/Fábián Luca/Weber Simon, "Digitale Originale dank NFTs?", *GesKR* 2021, s. 385-399.
- Büyüksağış Erdem/Özyiğit Sinem/Mirkelam Falay Selin/Buldağ İlay Ezgi/Okur Mustafa Said, "Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali", *Yargıtay Dergisi*, C. 47, S. 2, Ankara 2021, s. 337-408.
- Eckert Martin, "Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten", *SJZ* 2016, s. 265-274.
- Eggel Martin/Guidotti Nahuel/Wolf Stephan, "Digitales Erbrecht- Perspektiven aus der Schweiz, Überlegungen zur rechtlichen Einordnung des Digitalen im Erbgang", *Nomos/Stämpfli Yayınevi*, Bern 2021, N. 29-118.
- Eggen Mirjam, "Was ist ein Token?", *AJP* 2018, s. 558-567.
- Huber Markus F./Guler Silvan/Dumont Janine, "By the same token", *StR* 73/2018, s. 292-308.
- Hürlimann Daniel/Zech Herbert, "Rechte an Daten", *sui-generis* 2016, s. 90-95.
- İnce Akman Nurten, "Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)", *İNÜHFD.*, C.9, S. 2, Malatya 2018, s. 527-560.
- Karasioğlu Gürbüz, A. Gökçen, "Eser Sahibinin Dijital Mührü: NFT Sanat Eserleri", *Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı*, Ankara 2021, s. 649-662.
- Kaulartz Markus/Schmid Alexander, "Rechtliche Aspekte sogenannter Non-Fungible Token", *CB* 2021, s. 298-302.
- Keller Adrian/Stolzenberg Bastian, "Kryptowährungen", *EF* 6-7/2019, s. 462-469.
- Kogens Ronald/Luchsinger Gähwiler Catrina, "Ein 360-Grad-Blick Auf Token", *EF* 8/18, 2018, s. 589-596.
- Küçükali Canan, "Telif Koruması Anlamında (Takas Edilemez Jeton) Nft'ler", *Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı*, Ankara 2021, s. 597-619.
- Künzle Hans Rainer, "Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht", *Successio* 2015/9, s. 39-54.

- Maraşlı Dinç Yasemin, "Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti: Dijital Miras", *TBBD.*, S. 142, Ankara 2019, s. 273-287.
- Meyer Stephan D./Schuppli Benedikt, "Smart Contracts und deren Einordnung in das schweizerische Vertragsrecht", *recht* 2017, s. 203-224.
- Müller Lukas, "Der Bitcoin- und Blockchain-Goldtausch", *AJP* 2018, s. 680-681.
- Müller Lukas/Ong Malik, "Aktuelles zum Recht der Kryptowährungen", *AJP* 2020, s. 198-212.
- Omlor Sebastian, "Kryptowährungen im Geldrecht", *ZHR*, 183 (2019), s. 294-345.
- Omlor Sebastian, "Digitales Eigentum an Blockchain-Token - rechtsvergleichende Entwicklungslinien", *ZVglRWiss* 2020, s. 41-58.
- Politou Eugenia/Alepis Efthimios/Patsakis Constantinos/Casino Fran/Alazab Mamoun, "Delegated content erasure in IPFS", *Future Generation Computer Systems* 2020, s. 956-964.
- Schär Noémie/Simmler Monika, "Die Erfassung von Kryptowährungen im Schweizer Vermögensstrafrecht", *ZSR* 2019 I, s. 401-428.
- Seiler Benedikt/Seiler Daniel, "Sind Kryptowährungen wie Bitcoin (BTC), Ethereum (ETH) und Ripple (XRP) als Sachen im Sinne des ZGB zu behandeln?", *sui generis* 2018, s. 149-163.
- Thouvenin Florent/Früh Alfred/Lombard Alexandre, "Eigentum an Sachdaten", *SZW* 2017, s. 25-34.
- Thouvenin Florent/Weber Rolf H., "Zum Bedarf nach einem Dateneigentum", *Jusletter IT*, 2017, N. 1-15.
- von der Crone Hans Caspar/Baumgartner Fleur, "Digitalisierung des Aktienrechts - Die Ausgabe von Aktien als Registerwertrechte", *SZW* 2020, s. 351-364.
- von der Crone Hans Caspar/Derungs Merens, "Aktien als digitalisierte Werte", *SZW* 2019, s. 2-18.
- von der Crone Hans Caspar/Kessler Franz/Angstmann Luca, "Token in der Blockchain", *SJZ* 2018, s. 337-345.
- Yelmen Adem, "Bitcoinin Satış Sözleşmesinin Bedel UNSURLU Açısından Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 28, S. 1, 2020, s. 265-294.

İnternet Kaynakları

- Antener Jil/Rueegg Jasmine, "Das Ende von Copy/Paste? Wie NFTs die digitale Welt neu definieren", <https://www.nzz.ch/technologie/blockchain-und-krypto-nfts-erfinden-digitale-werte-neu-ld.1632346?reduced=true> (Erişim Tarihi: 24.12.2021).
- Mahmood Ghaith, "NFTs: What Are You Buying and What Do You Actually Own?", <https://www.thefashionlaw.com/nfts-what-are-you-buying-and-what-do-you-actually-own/> (Erişim Tarihi: 26.12.2021).
- Nash Gerald, "The Anatomy of ERC721: Understanding Non-Fungible Ethereum Token", <https://medium.com/crypto-currently/the-anatomy-of-erc721-e9db77abfc24> (Erişim Tarihi: 21.12.2021).

HALKA AÇIK ŞİRKETLERDE SERMAYE AZALTIMI VE ÖZELLİKLİ DURUMLAR*

REDUCTION OF CAPITAL IN PUBLIC COMPANIES AND SPECIFIC CASES

Ahmet TOK**

Özet: Sermayenin azaltılması konusunda 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda özel bir hüküm yer almadığından halka açık şirketlerde sermaye azaltımı konusunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan hükümler kural olarak halka açık şirketler hakkında da uygulanmaktadır. Öte yandan Sermaye Piyasası Kurulu'nun VII-128.1 sayılı Pay Tebliği'nin 19'uncu maddesinde fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımı özel olarak düzenlenmiş olup, anılan hükümde, payları borsada nominal değerinin altında işlem gören ortaklıkların, bilanço açığının kapatılması amacıyla sermaye azaltımı yapabileceği, yapılacak sermaye azaltımı ile münhasıran bilanço açığının kapatılacağı belirtilmiş ve konuya ilişkin diğer hususlara yer verilmiştir. İşbu çalışmamızda, halka açık şirketlerde sermaye azaltımı konusundaki özel hükümler, düzenlemelerin TTK ile irtibatı ve örnek olaylar çerçevesinde analiz edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası Kanunu, Halka Açık Şirketler, Sermaye, Sermaye Azaltımı, Fon Çıkışı Gerektirmeyen Sermaye Azaltımı

Abstract: Since there is no special provision in the Capital Market Law No. 6362 on capital reduction, the provisions in the Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102 on capital reduction are also applied to public companies as a rule. On the other hand, in Article 19 of the Capital Markets Board's Communiqué on Shares numbered VII-128.1, capital reduction that does not require a fund outflow is specifically regulated, and in the aforementioned provision, companies, the shares of which are traded below their nominal value in the stock exchange, may reduce their capital for the purpose of closing the balance sheet deficit and also it was stated that solely the balance sheet deficit shall be closed by capital decrease and other issues related to the subject are included. In this study, we will try to analyze the special provisions on capital reduction in public companies in the framework of the connection of the regulations with the TCC and case studies.

Keywords: Capital Market Law, Public Companies, Capital, Capital Reduction, Capital Reduction Not Requiring Fund Outflow

* İşbu çalışmada dermeyeran edilen görüşler, yazarın şahsi görüşleri olup, mensup olduğu kurumu bağlamaz.

** Dr., Sermaye Piyasası Kurulu, ahmet.tok@spk.gov.tr, ORCID: 0000-0003-2804-9255, Makale Gönderim Tarihi: 10.10.2021, Kabul Tarihi: 13.10.2021

I. ANONİM ŞİRKETLERDE SERMAYE KAVRAMI VE SERMAYE SİSTEMLERİ

Anonim şirketlerin kuruluş amacı doğrultusunda faaliyet gösterebilmesi için belirli bir sermayeye sahip olmaları elzemdir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun¹ (TTK) 127. maddesi uyarınca, kanunda aksine hüküm olmadıkça ticaret şirketlerine sermaye olarak; para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar, fikri mülkiyet hakları, taşınurlar ve her çeşit taşınmaz, taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, kişisel emek, ticari itibar, ticari işletmeler, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler, maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar, devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer konabilir. Ancak sermaye şirketlerine² şahsi emek, ticari itibar veya mesleki bilgi ve parayla değeri ölçülemeyecek diğer şeyler sermaye olarak getirilemez.

Ortakların şirkete getirdiği sermaye, şirket bilançosunun pasif tarafında özkaynaklar içerisinde bulunmaktadır. Bilançoda özkaynaklar içinde ödenmiş sermaye, sermaye yedekleri, kar yedekleri, geçmiş yıllar karları, geçmiş yıllar zararları ve dönem net karı/zararı hesapları yer almaktadır. Anılan hesaplar da kendi içlerinde alt başlıklara ayrılmaktadır. Anonim şirketler³ açısından sermaye, şirketin bilançosunda yer alan nakit ya da başka bir varlık karşılığında konulmuş yasal ve kayıtlı değer olarak tanımlanabilir.⁴

Sermayeyi koyanlar, şirkete koydukları sermaye mukabilinde pay sahibi olurlar. Bu anlamdaki sermaye, şirket kayıtlarında ve ilgili ti-

¹ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.1.2011, RG 14.2.2011/27846.

² Sermaye şirketleri, anonim şirket, limited şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket'tir.

³ Sermaye piyasası hukuku temelde anonim şirketler esas alınarak düzenlenmiş olup, sermaye kavramının, sıklıkla anonim şirketler bağlamında kullanıldığı söylenebilir. Bu çerçevede anonim şirketler hukuku, sermaye piyasası mevzuatı açısından en önemli hukuk alanlarından biridir. Bunun nedeni, halka açık şirketlerin anonim şirket statüsünde olması ve bazıları hariç yatırım kuruluşlarının da anonim şirket olarak kurulması zorunluluğudur.

⁴ Ethem Sancak, Sermaye Piyasası Sözlüğü, Scala Yayıncılık, İstanbul 2014, s.336. Şirket sermayesi, adi payları temsil eden tutar (common stock) ve imtiyazlı payları temsil eden tutardan (preferred stock) müteşekkil olup, şirkette imtiyazlı pay olmaması durumunda şirket sermayesi sadece adi paylardan oluşur.

caret sicil kayıtlarında tutulan resmi bir tutardır ve şirketle, şirketin ortakları ile ilgili pek çok hukuki konu bu tutara göre değerlendirilir. Sermaye, kuruluşta şirketin temel özkaynağı iken şirketin faaliyetleri süresince özkaynaklardan farklılaşarak artıp azalabilir.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu⁵ (SPKn. /Kanun)'na tabi halka açık şirketler⁶ esas sermaye sistemini benimseyebilecekleri gibi kayıtlı sermaye sistemini⁷ de benimseyebilirler. 6102 sayılı TTK'nın 332. maddesine göre⁸ ise anonim şirketler esas sermaye sistemini ya da kayıtlı sermaye sistemini benimseyebilirler.⁹ Buna ilave olarak, sermaye sistemleri içinde üçüncü bir kategori olarak değişken/değişir sermaye sistemi de zikredilebilir. Kooperatifler ve bazı yatırım ortaklıklarında¹⁰ söz konusu olabilen değişken sermaye kavramı işbu çalışmanın kapsamı dışında olduğundan bu kavrama sadece değinmekle yetiniyoruz.

II. ANONİM ŞİRKETLERDE SERMAYE AZALTIMI KAVRAMI

Sermayenin azaltılması, anonim şirketlerin bilançolarında yer alan esas sermayenin veya kayıtlı sermayeye sahip anonim şirketler-

⁵ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul tarihi: 6.12.2012, RG 30.12.2012/28513.

⁶ SPKn.'da payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan şirketler için "halka açık ortaklık" ifadesi tercih edilmiş olmakla birlikte, TTK md. 1531'de de belirtildiği gibi "ortaklık" ve "şirket" ifadeleri eş anlamda kanuni terimler olduğundan ve uygulamada da daha çok "halka açık şirket" terminolojisi kullanıldığından, işbu çalışmada "halka açık şirket" terimi tercih edilmiştir.

⁷ Kayıtlı sermaye kavramı, başlangıç sermayesi, çıkarılmış sermaye kavramları hakkında bkz. Esra Ceneci, Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s.5, 31 vd., 40 vd.; Ferah Türkoğlu Utku, Türk Anonim Şirketler Hukukunda Kayıtlı Sermaye Sistemi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.25-35. Kayıtlı sermayenin işlevi, şirketin sermaye yapısını esnek olarak düzenleme olanağı vermesi ve gereksinim halinde çok çabuk bir şekilde yeni hisse çıkarılmasını sağlayabilmesidir. Hasan Pulaşlı, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı", Aralık 2006, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)*, C.XXIII (S.4), s. 41.

⁸ 6762 sayılı mülga TTK sisteminde anonim şirketler sadece esas sermayeli olarak kurulabilmekte idiler.

⁹ 6102 sayılı TTK'nın 332. maddesine göre, tamamı esas sözleşmede taahhüt edilmiş bulunan sermayeyi ifade eden esas sermaye ellibin Türk Lirasından ve sermayenin artırılmasında yönetim kuruluna tanınmış yetki tavanını gösteren kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş bulunan halka açık olmayan anonim şirketlerde başlangıç sermayesi yüzbin Türk Lirasından aşağı olamaz.

¹⁰ Değişken sermayeli yatırım ortaklıkları SPKn.'nın 50 ve 51'inci maddelerinde düzenlenmiştir.

de çıkarılmış sermayenin (satışı yapılmış payları / payları temsil eden sermaye) itibari/nominal değerinin indirilmesi sonucunu doğuran bir hukuki işlemdir. Sermaye azaltımında esasen iki işlem söz konusudur: İlkinde indirilecek sermaye tutarının serbest kılınması, ikincisinde ise indirilen ya da azaltılan sermaye tutarının mevcut pay sahiplerine iade edilmesi veya başkaca bir amaca tahsis edilmesi söz konusudur.¹¹

Sermaye azaltımı işlemi özel nitelikte bir esas sözleşme değişikliğidir. Diğer esas sözleşme değişikliklerinden farklılığı ise, sermaye artırımı, faaliyet konusu, kar dağıtımı, genel kurul, yönetim kurulu ve işleyişi gibi konulara yönelik esas sözleşme değişikliklerinin temelde pay sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasına yönelik olmasına karşın, sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin temelde şirket alacaklılarının haklarının korunmasına müteallik olmasıdır.

III. ANONİM ŞİRKETLERDE SERMAYE AZALTIMINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Anonim şirketlerde esas sermaye azaltımına ilişkin genel esaslar 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 473, 474 ve 475 inci maddelerinde düzenlenmiştir.¹² TTK'nun 473'üncü maddesinin üçüncü fıkrasının-

¹¹ Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, 14. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2019, s.265; Koray Demir, Özel Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırımı ve Esas Sermayenin Azaltılması (TTK m. 463-475), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s.91 vd.; Hayrettin Çağlar, Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 5 vd.

¹² Sermayenin azaltılması, 6762 sayılı mülga TTK'nın 396 ve 398. maddeleri arasında düzenlenmiş idi. Doktrinde yeni TTK düzenlemesi, 6102 sayılı TTK'da esas sermayenin iki türlü azaltılmasının öngörüldüğü, bunlardan birinin olağan sermaye azaltılması; diğerinin ise sermayenin azaltılmasıyla birlikte, azaltılan kısmın yerine geçmek üzere ve bedelleri tamamen ödenecek yeni paylar çıkarılması suretiyle sermaye artırımı şekli olduğu, ancak söz konusu esas sermaye azaltılmasına ilişkin hükümlerin istifinin (sistemi) bozuk olduğu, sermayenin hangi şekillerde azaltılabileceği belirtildikten sonra ilkin olağan sermaye azaltılmasıyla merasiminin ve daha sonra da sermayenin zararlar kadar azaltılmasıyla birlikte aynı miktarda artırılması şeklinin (gerektiği yerde olağan sermaye azaltılması hükümlerine yollama yapılarak) düzenlenmemiş olmasının bir eksiklik olduğu, ikinci olarak, sermaye azaltılarak, azaltılan kısım yerine geçmek üzere ve tam ödemeli sermaye artırımı yapılması halinde, bu artırımın "yeni paylar çıkarılarak" yapılabileceğinin belirtildiği, bu ifadenin de, söz konusu azaltma ve artırımın, mevcut payların itibari değerlerinin azaltılıp aynı miktarda yapılamayacağı gibi bir anlam vermesi hasebiyle yerinde olmadığı yönlerinden eleştirilmektedir. Erdoğan Moroğlu, Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirme ve Öneriler, 6. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2009, s.268.

da; “Genel kurulun kararına 421’inci maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi uygulanır. Kararda sermayenin azaltılmasının ne tarzda yapılacağı gösterilir.” ve 421’inci maddenin üçüncü fıkrasında¹³ ise; “Esas sözleşme değişikliği kararları, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınır.” hükmü yer almaktadır. TTK md. 473/3, genel kurul nisabı konusunda 421/3 hükmüne yollama yapmaktadır. Bu hükme göre yasa koyucu, bu konuda toplantı ve karar nisabı ayırımı yapmamış, kararın oluşumunu sermayenin yüzde yetmiş beşini oluşturan pay sahiplerinin olumlu oyuna bağlamıştır.¹⁴

Ayrıca TTK’nın 26’ncı maddesine istinaden hazırlanan Ticaret Sicili Yönetmeliği¹⁵’nin muhtelif maddelerinde (79-82, 96-99, 128-129, sermayenin azaltılması ile azaltma ve eş zamanlı artırımıyla ilgili olarak gerekli olan belgeler, tescil, bölünmeye bağlı sermaye azaltılması gibi konularda hükümlere yer verilmiştir. Yine sermaye azaltımına müteallik olarak “Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik”¹⁶’te de sermaye azaltılmasında toplantı ve karar nisapları (md.22), genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri (md. 30), bakanlık temsilcisi bulundurma zorunluluğu (md.32) hususlarında düzenlemeler yer almaktadır.

SPKn.’da genel kurul toplantılarına ilişkin esasları düzenleyen maddede sermaye azaltımı konusunda karar nisabına yer verilmiştir (md.29/6).¹⁷ Ayrıca aşağıda ayrıntılı şekilde analiz ettiğimiz Pay Tebliği hükmünde de fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımı düzenlenmiştir.

¹³ Anılan hüküm şu şekildedir: “Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları, sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınır: a) Şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi. b) İmtiyazlı pay oluşturulması. c) Nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması.”

¹⁴ Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2021, s.577-578.

¹⁵ 27.1.2013 tarih ve 28541 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁶ 28.11.2012 tarihli ve 28481 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁷ SPKn.’nın 29’uncu maddesinin altıncı fıkrasında; “Halka açık ortaklıklarda yeni pay alma haklarının kısıtlanmasına, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna yeni pay alma haklarını kısıtlama yetkisinin verilmesine, sermaye azaltımına ve 23 üncü maddenin birinci fıkrasına göre belirlenen önemli nitelikteki işlemlere

Öte yandan, SPK'nın "Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliği (II-13.1 sayılı Tebliğ¹⁸)"nin 17. maddesinin birinci fıkrasında; "İhraççının sermaye azaltımına karar vermesi durumunda, genel kurul kararının tescilini takiben azaltılan sermayeye isabet eden kısım ihraççı havuz hesabına toplanır ve iptal edilir." hükmü bulunmaktadır. Anılan düzenleme çerçevesinde; payları ve buna ilişkin hakları kaydi sistem çerçevesinde Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş. (MKK) tarafından izlenen anonim şirketlerin sermaye azaltımına ilişkin genel kurul kararının tescilini takiben azaltılan sermayeye isabet eden kısmı, ihraççı havuz hesabında ihraççı havuz hesabında toplanarak iptal edilecektir.¹⁹

IV. SERMAYE AZALTIMININ NEDENLERİ

Anonim şirketlerde sermaye azaltımına gidilmesinin iki temel nedene istinat ettiğini söylemek mümkündür. Birinci neden, şirketin sermayesinin gerçek ihtiyacın üzerinde olması ve bu kapsamda bir kısım sermayenin ortaklara iade edilmesi durumudur. Ayrıca şirketin faaliyet konularını azaltması nedeniyle sermaye fazlası doğmuş olabilir. Bu durumda işletilmeyen sermaye, gelir getirmediğinden atıl kal-

ilişkin kararların genel kurulca kabul edilebilmesi için, esas sözleşmelerinde açıkça oran belirtilmek suretiyle daha ağır nisaplar öngörülmediği takdirde, toplantı nisabı aranmaksızın, ortaklık genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oy vermesi şartı aranır. Ancak, toplantıda sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en az yarısının hazır bulunması hâlinde, esas sözleşmede açıkça daha ağır nisaplar öngörülmedikçe, toplantıya katılan oy hakkını haiz payların çoğunluğu ile karar alınır." hükmü bulunmaktadır. Bu nisapların sağlanmasında özel bir kural daha getirilmiştir. Buna göre bu işlemlerde taraf olanlar oy kullanamaz. Taraf olanlar ise TTK md. 436/1'e göre belirlenir. Pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üst soyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz. Bu işlemler için getirilmiş olan nisapların esas sözleşme hükümleri ile hafifletilmesi de mümkün değildir. Tekin Memiş/Gökçen Turan, Sermaye Piyasası Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.102-103. Sermaye azaltımına ilişkin nisap düzenlemesinde, TTK'ya benzer şekilde toplantı nisabı aranmaksızın iki farklı opsiyona göre karar nisabına yer verilmiştir.

¹⁸ 7/8/2014 tarih ve 29081 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁹ II-13.1 sayılı Tebliğin 7. maddesinin üçüncü fıkrasına göre ihraççı havuz hesabı, kaydi sermaye piyasası araçları ihracına ilişkin geçici kayıtların izlenmesi amacı ile tutulur. İhraç edilecek kaydi sermaye piyasası araçlarının satış süresi boyunca takibi havuz hesabında yapılır ve satışa konu olan tutarlar satış süresinde kaydi sermaye piyasası araçlarının satılması ile veya satış öncesinde, ilgili hesaplara yapılacak kayıt neticesinde bu hesaptan düşülür.

makta ve şirketin karlılık oranlarını düşürmektedir. Diğer neden ise, faaliyetleri neticesinde zarar eden bir anonim şirketin sermayesinin fiili (mevcut) durumuna uygun hale getirilmesi ve bilanço zararının²⁰ kapatılması amacıyla sermaye azaltımı yoluna başvurulmasıdır. Bu yolla, faaliyetleri neticesinde zarar eden bir anonim şirketin ortaklarına kar dağıtılabilmesi temin edilmektedir. Zira, faaliyetleri neticesinde zarar eden bir anonim şirket, ertesi yıl kar etse bile bu kar öncelikle önceki yıllar zararının kapatılması amacıyla kullanılacaktır. Dolayısıyla kar dağıtamayacaktır. TTK md. 509/2 gereği, kâr payı ancak net dönem karından veya serbest yedeklerden dağıtılabilir. Ancak, sermaye azaltımına başvurulması halinde şirketin zararı kapatılarak, ortaklara kar dağıtılması mümkün hale gelecektir.

Kural olarak anonim şirketlerde sermaye azaltımı ihtiyaridir. Ancak, TTK md. 376/2 hükmü uyarınca esas sermayenin üçte ikisinin kaybı halinde şirketin genel kurulunun toplanarak, esas sermayenin tamamlanmasına²¹ veya kalan sermaye ile faaliyetlere devam etmeye (sermaye azaltımına) karar vermediği takdirde şirket feshedilmiş sayılacaktır. Bu durumda, kanunen zorunlu bir sermaye azaltım işleminin mevcut olduğunu söylemek mümkündür. Bir başka deyişle TTK md. 376/2 kapsamındaki bir şirket, ya sermayesini artırmak veya azaltmak konusunda hukuki zorunluluk altındadır.

Öte yandan, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, ortaklıktan çıkarma (ıskat), kurucuların esas sermaye hakkındaki beyanlarındaki uygunsuzlukları nedeniyle, anonim şirketin bölünmesi gibi nedenlerle de sermaye azaltımı yoluna gidilebilir.²²

²⁰ Bilanço zararı demek, yedek akçelerle kapatılmayan sermayedeki eksilme demektir. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, s.271.

²¹ Sermaye tamamlama tercih edilirse yöntem olarak; a) açık kadar sermayenin azaltılması ile aynı anda önceki miktarı tamamlayacak kadar sermaye artırımı, b) TTK'nın 421/2,a'da belirtilen nisaba uygun olarak pay sahiplerinin taahhütlerinin artırılması ile sermaye tamamlama, c) bazı pay sahipleri tarafından karşılıksız yapılan ödemeler neticesinde açığın kapatılması, d) açığı kapatacak miktarda ortaklıktan alacaklı olanların alacaklarından vazgeçmesi, e) TTK m.139 uyarınca sermaye kaybını giderecek şekilde şirket birleşmesinin gerçekleştirilmesi tercih edilebilir. Cenkci, s.103-104. Yine konuya ilişkin olarak bkz. Emek Toraman Çolgar, "TTK m.376/2 Hükmü Kapsamında Sermaye Kaybı Olan Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı Yapılması", Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Editörler: Emek Toraman Çolgar/Abdurrahman Kayıklık, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s.20-21.

²² Anılan gerekçeler sebebiyle yapılan sermaye azaltımları konusunda bkz. Mustafa Eken, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Sermaye Azaltımı (Hizmete Özel), SPK

V. SERMAYE AZALTIMININ TÜRLERİ

Sermaye azaltımı hangi usul ile yapılacak olursa olsun bir esas sermaye değişikliği gerektirmektedir. Ancak, sermaye arttırımı ile sermaye azaltımının birlikte gerçekleştirilerek şirketin sermayesinde herhangi bir değişiklik olmadığı durumlarda TTK hükümleri çerçevesinde sözleşme değişikliğine gerek bulunmamaktadır. Doktrinde esas sermaye azaltımının türleri, sermaye azaltımının gerçekleştirme nedeni ve amacına göre iki başlık altında tasnif edilmektedir.²³

A. Kurucu Sermaye Azaltılması (Sermayenin İadesi)

Anonim şirket sermayesinin bir kısmına ihtiyaç duymuyorsa esas sermaye azaltılması yoluna başvurarak itfa edilen pay bedellerini pay sahiplerine iade edebilir. Bu amaçla yapılan azaltmaya sermayeyi yeniden kuran (kurucu) sermaye azaltımı denilmektedir. Kurucu sermaye azaltımında sermayenin pay sahiplerine iade edilmesi söz konusu olduğundan anonim şirketin alacaklıları yönünden risk söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, bu sermaye azaltımı prosedürü, şirket alacaklılarını korumak için azaltılan sermayenin alacaklıları tamamen karşıladığı yönünde bilirkişi raporu ve alacaklılara alacaklarının ödenmesi veya teminata bağlanması için talepte bulunmak üzere çağrıda bulunulması gibi tedbirler ihtiva etmektedir. Azaltılan sermaye miktarı, sermaye katılım oranlarına göre şirket ortaklarına geri ödenmektedir.

B. Açıklayıcı (Basit) Sermaye Azaltımı (Zararın Kapatılması)

Şirketlerin sermayesi statik, malvarlığı (aktif ve pasifleri) ise dinamik bir yapıya sahiptir. Şirketin faaliyetleri neticesinde malvarlığında değişiklik olabilmekte iken, sermayesi esas sözleşmede belirlenmiş şekliyle kalmaktadır. Şirketin faaliyetleri neticesinde zarar etmesi durumunda bilançonun pasifinde yer alan sermayenin görünümünde herhangi bir değişiklik olmaz. Ancak, bilançonun aktif bölümünde söz konusu zarar yer almaktadır. Bu durumda şirketin esas sermayesi

Yeterlik Etütleri, Ankara 2011, s.11-14.

²³ Sermaye azaltımı türleri konusunda bkz. Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.593-603; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s.358-359.

mevcut sermaye yapısıyla örtüşmemektedir.²⁴ Bu nedenle, bilançonun mevcut sermaye yapısına uyarlanması yoluyla sermaye azaltımı yoluna başvurulmasına basitleştirilmiş (basit) sermaye azaltılması denilmektedir. Çünkü yapılan azaltma sadece fiilen var olan azalmayı açıklamakta ve bilanço açığını kapatmakta, bir başka deyişle zaten fiilen tahakkuk etmiş azalma yapılan tadil ile muhasebe kayıtlarına yansıtılmaktadır. Bu çerçevede, bilanço açıkları nedeniyle fiilen azalan sermayenin tescil edilen tutar ile örtüşmesi amacıyla yapılan sermaye azaltımı basit ya da açıklayıcı azaltım olarak adlandırılmaktadır. Böylece yapılan azaltım ile sermaye kaybıyla oluşan “yanıltıcı” durumun ortadan kaldırılması ve şirketin kâr elde etmesine rağmen uzun yıllar kâr dağıtmasının engellenmesi amaçlanmaktadır.²⁵

Açıklayıcı azaltım, TTK md. 474/2²⁶ ve Ticaret Sicili Yönetmeliği²⁷ 79/3²⁸ hükümleri kapsamında gerçekleştirilmekte olup, bu türde yönetim kurulu, alacaklıları çağdırmaktan ve haklarının ödenmesinden veya teminat alınmasından vazgeçilebilir. Bu düzenlemedeki bilanço açığı ifadesiyle kast edilen, zararlar sonucunda ortaklık sermayesinin azalmasıdır.

VI. SERMAYE AZALTIMI İLE İLGİLİ YABANCI ÜLKE DÜZENLEMELERİ

A. Sermaye Azaltımı ile İlgili AB Hukuku Direktiflerindeki Düzenlemeler

AB'nin konuyla ilgili düzenlemelerinden ilki üye devletlerin ve diğer kurumların menfaatlerinin korunması amacı doğrultusunda

²⁴ Ahmet Türk, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Nobel Yayıncılık, Ankara 1999, s.166.

²⁵ Ahmet Türk, “Yeni TTK'nın Getirdiği Değişiklikler ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2015, C.17, (S.2), s.98-99. Açıklayıcı sermaye azaltımında gerçek bir azaltma söz konusu olmadığından, ortaklara da herhangi bir ödeme yapılmamaktadır.

²⁶ Sermaye, zararlar sonucunda bilançoda oluşan bir açığı kapatmak amacıyla ve bu açıklar oranında azaltılacak olursa, yönetim kurulunca alacaklıları çağdırmaktan ve bunların haklarının ödenmesinden veya teminat altına alınmasından vazgeçilebilir.

²⁷ 27.1.2013 tarih ve 28541 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

²⁸ Anılan hüküm şu şekildedir: “Sermaye, zararlar sonucunda bilançoda oluşan bir açığı kapatmak amacıyla ve bu açıklar oranında azaltılacak olursa, yönetim kurulunca alacaklıları çağdırmaktan ve bunların haklarının ödenmesinden veya teminat alınmasından vazgeçilmiş ve buna ilişkin yönetim kurulu kararı müdürlüğe ibraz edilmiş ise birinci fıkranın (e) ve (f) bentlerinde belirtilen belgeler aranmaz.”

çıkarılan 9.3.1968 tarih ve 68/151/EEC sayılı Direktif'tir. 68/151/EEC sayılı Direktif'te genel olarak kamuyu aydınlatma, tescil/ilan ve şekil konularında genel düzenlemeler bulunmaktadır. Ticaret şirketlerinin sermayesinde değişiklik yapılmasıyla ilgili temel düzenleme ise Avrupa Konseyi'nin 13.12.1976 tarihli 77/91/EEC sayılı Direktifi (Direktif)'dir. Direktif'in bazı maddelerinde 6.9.2006 tarih ve 2006/68EC sayılı Direktif'le değişiklik yapılmıştır.²⁹ 77/91/EEC sayılı İkinci Konsey Direktifi yürürlüğü boyunca çeşitli tadiller geçirmiştir. 25.10.2012 tarih ve 2012/30/AB sayılı Direktif, 77/91/EEC sayılı İkinci Konsey Direktif'i ni yürürlükten kaldırarak onun yerine geçmiştir. 2017/1132/AB sayılı Direktif bu amaçla 2012/30/AB sayılı Direktif'i yürürlükten kaldırarak onun yerine geçmiş olsa da 2017/1132/AB sayılı Direktif'te (Direktif) 2012/30/AB sayılı Direktif hükümlerinin bulunduğu söylenebilir.³⁰

Öncelikle belirtmek gerekir ki, şirketlerin sermayelerinde yapılacak değişikliklere ilişkin maddeler Direktif'in 73 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Mahkeme kararına bağlı olarak yapılanlar haricindeki tüm sermaye azaltımları genel kurul tarafından 2/3 veya 1/2 oranında sermayeyi temsil eden oy çoğunluğuyla alınmasını gerekmektedir.³¹ Karar yeter sayısı ise toplantıya katılanların çoğunluğudur. Sermaye azaltımına ilişkin kararlar Direktif çerçevesinde yayımlanmalı ve yapılacak ilanda, sermaye azaltımının amacı ve yöntemi belirtilmelidir. (Direktif md. 73/1 ve 2)

Şirketin sermayesine ilişkin olarak birden fazla pay sınıfı varsa, bir başka deyişle adi paylar dışında imtiyazlı paylar mevcutsa ve sermaye azaltım kararı hangi sınıfın haklarını etkiliyorsa sermaye azaltımına ilişkin genel kurul toplantısında o sınıf tarafından sermaye azaltımına

²⁹ AB Direktiflerine <http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm#directives> internet adresinden ulaşılabilir (Erişim tarihi: 20.1.2011).

³⁰ Ardından, AB hukukunda şirketler hukukuna ilişkin düzenlemelerin dağınık hâlde, ayrı yönergelerde bulunması ve yıllar içerisinde pek çok kez değişikliğe uğramış olmaları sebebiyle bu dağınık düzenleme yönteminin neden olduğu karışıklığı önlemek, açıklık ve bütünlük sağlamak adına şirketler hukukuna ilişkin altı yönerge, 14.06.2017 tarih ve 2017/1132/AB sayılı Yönerge ile konsolide edilmiştir. İsmail Cem Soykan, Sermayenin Artırılmasına ve Azaltılmasına İlişkin Kurallar, <<https://cdn.istanbul.edu.tr/file/JTA6CLJ8T5/58173EC0D323436184F4D1693250DE6C>> s.181 (Erişim Tarihi: 1.10.2021).

³¹ Gerek TTK gerek SPKn.'da yer alan sermaye azaltımında nisaplara ilişkin hükümlerin, anılan Direktif hükümleriyle genel anlamda mütenasip olduğu söylenebilir.

ilişkin karar onaylanmalıdır. Bir başka deyişle, sermaye azaltım kararı birden fazla sınıfın haklarını etkiliyorsa her sınıf için ayrıca onaylanmalıdır. (Direktif md. 74)

Direktif'in 75. maddesine göre sermaye azaltımında, sermaye azaltımına ilişkin kararın ilanında daha önce mevcut olan alacaklılar, alacakları için teminat talep etme hakkına sahiptir. Alacaklıların yeterli güvenceye sahip oldukları ya da şirket varlıklarının alacakları karşılamaya yeterli olduğu durumlarda üye devletler alacaklıların teminat talep etme hakkını tesis etmeyebilirler. Üye devletler alacaklıların teminat talep etme hakkının kullanımı için gereken şartları tesis etmekle yükümlüdür. Herhangi bir durumda üye devletler, alacaklıların alacaklarının şirket tarafından herhangi bir teminatla temin edilmediği ve teminata ilişkin alınacak tedbirlerin sermaye azaltımına aykırı olmadığını gösteren uygun yönetsel ve yargısal yetkileri uygulanmasında alacaklıların yetkilendirilmesini sağlamalıdır.

Esas sermaye, Direktif'in 45. maddesinde belirtilen asgari sermaye gerekliliğinin altına düşürecek tutarda azaltılamaz. Ancak üye devletler, en azından söz konusu tutara eşit miktarda sermaye artırımını yaptığı durumlarda buna izin verebilir.³² (Direktif md. 77/2)

B. İngiliz Hukukunda Sermaye Azaltımı

İngiliz hukukunda sermaye azaltımı 2006 tarihli Companies Act (CA)'ın 641 ile 653. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İngiltere'de 2006 tarihli CA'dan önce 1985 tarihli CA yürürlükte bulunmaktaydı. 2006 tarihli CA büyük ölçüde 1985 tarihli CA'nın hükümlerini ilga etmiştir. İngiliz şirketler hukukunda şirketler çeşitli nedenlerle sermaye azaltımına başvurabilir. Bu nedenlerden bir tanesi şirketlerin etkin bir kar dağıtımını yapabilmesidir. Payların iptali ile sermaye azaltımına gitmek suretiyle oluşturulacak rezervin kâr payı olarak ortaklara dağıtılması mümkündür.

³² Sermaye azaltımında, karar vermeye yetkili organ, prosedür, alacaklıların korunmasına yönelik TTK düzenlemeleri (TTK m. 474-475 ve ayrıca bkz. TTK m. 473/2), Direktif'te aranan asgari şartları karşılamaktadır. Dolayısıyla sermaye azaltımına ilişkin TTK sisteminin genel olarak Direktif ile uyumlu olduğu söylenebilir. Soykan, s.202-203.

Kural olarak İngiliz şirketler hukukuna göre mahkeme kararı olmaksızın sermaye azaltımı yoluna gidilemez. Ancak ödenmemiş sermayenin iptali ve müsadere durumunda mahkeme kararına gerek bulunmamaktadır. Payların itfası ya da şirketin sermaye dışındaki başka varlıklarının pay sahipleri tarafından geri alınması mahkeme kararı gerekmeksizin sermaye azaltımı sonucunu doğurur. Alacaklılar ve üyeler bu durumda korunur.

Sınırlı sorumlu şirketler ana sözleşmelerinde yetkilendirilmiş olması koşuluyla, mahkemenin onaylayacağı özel bir kararla sermaye payını azaltabilir. Sermaye azaltımı, ortakların kendi payları oranında ödenmemiş sermaye paylarını ödeme yükümlülüklerinin ortadan kaldırılması veya azaltılması, ödenmiş sermayenin payları oranında ortaklara iade edilmesi veya yitirilen ya da elverişli varlıklarla temsil edilmeyen ödenmiş sermayenin iptal edilmesi yöntemiyle yapılabilir.

Ödenmemiş sermaye için ortakların yükümlülüklerinde bir azaltım, genellikle hisselerinin nominal değeri azaltılarak uygulanır. Böylece, eğer bir şirketin ihraç ettiği 1.-£ (pound) nominal değerli hisselerin 0,50.-£'ı ödenmişse, ortakların ödenmemiş sermaye için yükümlülüğü 0,25.-£'a düşürülerek her bir hissenin nominal değeri 0,75.-£'a düşürülmüş olur. Ödenmemiş sermaye için yükümlülüğü tamamen yok etmek isteniyorsa, hissenin nominal değeri 0,50.-£'a düşürülür. Aynı sonuç, hissenin değerinin 1.-£ olarak bırakılması ve her bir ortağın sahip olduğu her iki hisseden birinin iptal edilmesi suretiyle de elde edilir. Bu durumda iptal edilen hisse üzerindeki ödenmiş olan 0,50.-£, geçerli olan hissenin ödenmemiş 0,50.-£'a sayılır ve tamamen ödenmiş hale getirilir.³³

Sermayenin ortaklara geri verilmesi ise şirketin işletmesinin veya varlıklarının bir kısmını satması ve faaliyetlerini işletmenin geri kalan kısmıyla sınırlandırma niyetinde olması halinde gereğinden fazla olan ödenmiş sermayeyi geri vermek istemesi durumunda söz konusu olur. Satıştan elde ettiği nakdi ortaklara dağıtır ve hisselerinin ödenmiş değerini eşit miktarda azaltır, alternatif olarak uygun sayıda hisse iptal edilir. Bu şekilde sermaye azaltımı, iki veya daha fazla faaliyet alanı olan şirketlerin, bunlardan birini ulusallaştırılan kömür, elektrik ve

³³ Robert R. Pennington, *Company Law*, Sixth Edition, London, Dublin, Edinburg, 1990, s.170.

gaz endüstrisindeki kamu iktisadi teşebbüslerine (public corporation) satmaya zorlandığı 1940'ların sonunda ve 1950'lerin başlarında yaygın olarak uygulanmıştır³⁴. Ancak, bir şirket sermayesini ortaklarına geri vermek için varlıklarını nakde dönüştürmek zorunda değildir. Diğer şirketlerde tuttuğu menkul kıymetlerini veya işletmenin ulusallaştırılan kısmı için şirkete verilen devlet tahvillerini de ortaklara verebilir.

Varlıklarla temsil edilmeyen sermayenin iptal edilmesi ise TTK'da yer alan basit sermaye azaltımına karşılık gelmektedir. Buna göre, şirketin, varlıklarının yükümlülüklerinin toplamından indirilmesinden sonra elde edilen net varlıklarının ödenmiş sermayesinden az olması durumunda, şirket ödenmiş sermayesi tutarında varlıklara sahip değildir. Bu durum ortaklarca taahhüt edilen sermayenin (varlıkların) şirket bünyesine getirilmemesinden, şirketin ticari zarara uğramasından veya şirketin varlıklarının piyasa değerinin düşmesinden kaynaklanabilir. Bu takdirde, şirketin sermayesi uygun varlıklarla temsil edilmemektedir ve bu durum ödenmiş sermayenin açık tutarında azaltılması suretiyle çözümlenir. Bu şekilde sermaye azaltılması için mutlaka mahkeme tarafından karar verilmesi gerekmektedir.

Azaltımın farklı ortak sınıfları için adil ve eşit olup olmadığı önemlidir. Mahkeme, farklı ortak sınıflarının tasfiye durumundaki hakları ile önerilen azaltım ile oluşacak durumu kıyaslar. Ayrıca alacaklıların korunmasına yönelik tedbirlerin alınıp alınmadığını kontrol eder. Ödenmemiş sermaye yükümlülüğünün azaltılması veya ödenmiş sermayenin geri verilmesi durumunda alacaklıların sermaye azaltımına itiraz etme hakları bulunmaktadır.³⁵

Diğer taraftan, CA'da, 1.10.2008 tarihinden itibaren, ticari şirketler için yöneticiler tarafından oy birliğiyle alınan, ödeme beyannamesini (solvency statement) de içeren özel bir karar ile sermaye azaltımına gidebilmelerini sağlayan yeni bir sermaye azaltım prosedürü öngörülmüştür. Sermaye azaltımına ilişkin bu yeni prosedür için mahkeme kararına gerek bulunmamaktadır. Ödeme beyannamesi ile desteklenen sermaye azaltımında, yöneticilerin şirketin mali durumu hakkında açıklamada bulunması gerekmektedir. Bu yolla yapılacak sermaye azaltımında denetçi raporu gerekmemekte ve alacaklıların sermaye azaltımına itiraz hakkı da bulunmamaktadır.

³⁴ Pennington, s.178.

³⁵ Pennington, s.181.

C. Alman Hukukunda Sermaye Azaltımı

Sermaye azaltımına ilişkin hükümler Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz, AktG)'nin 222 ile 240. maddeleri arasında düzenlenmiştir. AktG'nde sermaye azaltımı³⁶, olağan sermaye azaltımı (Ordentliche Kapitalherabsetzung), basitleştirilmiş sermaye azaltımı (Vereinfachte Kapitalherabsetzung) ve pay bedellerinin ödenmesi (itfa) yoluyla sermaye azaltımı (Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien) olmak üzere üç kısımda incelenmiştir.

1- Olağan Sermaye Azaltımı

Olağan sermaye azaltımı³⁷ anonim şirketin kısmi tasfiyesine benzerlik göstermektedir. Olağan sermaye azaltımı yapılabilmesi için sermayenin en az %75'ini temsil eden ortakların alacağı bir genel kurul kararı gereklidir. Anonim şirketin esas sermayesini oluşturan varlıkları azaltılan sermaye oranında serbest bırakılır. İlgili hisselerin nominal değeri eşit oranda, otomatik olarak veya düzeltilerek indirilir. Şirketin hisselerinin nominal değeri 1,5 Euro'dan az ise hisselerin nominal değeri indirilmez. Bu durumda hisseler birleştirilmek suretiyle sermaye azaltımına gidilebilir³⁸. Sermayenin azaltılması yönünde alınan genel kurul kararı ticaret siciline tescil edilir. Sermaye azaltımına ilişkin olarak şirketin alacaklılarının korunması gerekmektedir. Bu çerçevede, sermaye azaltımından önce şirketten alacaklı bulunan kişilerin, sermaye azaltımına ilişkin genel kurul kararının tescilinden önce kara itiraz etmiş olmaları şartı aranır. İtiraz eden alacaklıların alacakları anılan azaltım kararının ilanı tarihinden itibaren altı ay içinde teminat altına alınmalıdır.³⁹

³⁶ Sermaye azaltımı ve kar dağıtımı hakkında bkz. Hans-Joachim Priester, "Kapitalherabsetzung und Gewinnausschüttung", Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht obs (NZG) 2021, 370- 373.

³⁷ GmbH şirket tipinde olağan sermaye azaltımının şekli ve maddi şartları hakkında bkz. Dirk Halm, "Formelle und materielle Erfordernisse der ordentlichen Kapitalherabsetzung im Recht der GmbH", DStR 1997, s.1332- 1334.

³⁸ Muhasebe yönünden olağan sermaye azaltımında sermaye paylarının değerlendirilmesi için bkz. Von Glasenapp, "Bilanzielle Behandlung unterschiedlicher Geschäftsanteile einer GmbH bei einer ordentlichen Kapitalherabsetzung", Betriebs Berater (BB) 2020, s.2666-2670.

³⁹ <<http://www.nortonrose.com/knowledge/publications/pdf/file25765.pdf?lang=de-de>>(Erişim tarihi:26.1.2011).

2- Basitleştirilmiş Sermaye Azaltımı

Basitleştirilmiş sermaye azaltımı⁴⁰ sadece şirketin sermayesinin yeniden yapılandırılmasını amaçlamaktadır. Basitleştirilmiş sermaye azaltımı anonim şirketin bilançosunda görülen zararın bilançodan atılmasını sağlar.⁴¹ Böyle bir durumda pay sahiplerine herhangi bir itfa olmaz. Alacaklıların korunmasıyla ilgili düzenlemeler basitleştirilmiş sermaye azaltımı prosedüründe uygulanmaz.

3- Pay Bedellerinin Ödenmesi Yoluyla Sermaye Azaltımı

Bu yolla yapılan sermaye azaltımı, bedeli ödenmiş paylara ilişkin ortaklık hakkını ortadan kaldırır. İtfa edilen payların azaltılması yoluyla sermaye azaltımı kararı GK toplantısında onaylanır. Olağan sermaye azaltımının aksine, itfa bütün ortakları eşit olarak etkilemez. Sadece payları itfa edilen ortakları etkiler. Payın itfası payların şirket tarafından satın alınması suretiyle uygulanabilir. Payların zorunlu itfası yoluyla sermayenin azaltılabilmesi için şirketin esas sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunmalıdır. Bu hükümlerde payların belirli şartlar dâhilinde itfa edilebileceğinin öngörülmüş ya da genel kurula bu konuda belirleme yetkisinin verilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca bu hükümlerde payları zorunlu itfa edilen pay sahiplerine pay bedellerinin nasıl ödeneceğine ilişkin hususlarda yer almalıdır. Bu yolla sermaye azaltımı yapılmasına yönelik kararın makul bir sebebi olmalıdır.⁴²

D. İsviçre Hukukunda Sermaye Azaltımı Konusunda Güncel Gelişmeler

İsviçre de İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) genel hükümlerine ilişkin 2020 Tasarısı'nda (2020 Draft Of The Swiss Code Of Obligations/e-

⁴⁰ Anonim şirketlerde basit sermaye azaltımının hukuki ve şirket politikası boyutları hakkında bkz. Markus Geißler, "Rechtliche und unternehmenspolitische Aspekte der vereinfachten Kapitalherabsetzung bei der AG", NZG 2000, s.719-726; Anonim şirket ve GmbH şirketlerde basit sermaye azaltımı hakkında bkz. Henrich Fabris, "Vereinfachte Kapitalherabsetzung bei AG und GmbH", MittRhNotK, 1999, s.170- 197.

⁴¹ Anonim şirketlerde sermaye azaltıcı tedbirler için bkz. Christoph Terbrack, "Kapitalherabsetzende Maßnahmen bei Aktiengesellschaften Aufsatz", RNOTZ, s. 90-119.

⁴² Sermaye azaltımının sermaye piyasası hukuku boyutları ve özellikle sermaye azaltımının sonuçları için bkz. Sethe, Rolf, "Kapitalmarktrechtliche Konsequenzen einer Kapitalherabsetzung", ZIP, 2010, s.1825-1832.

OR) sermaye azaltımı, taslağın Art. 653j e-OR ve devamında düzenlenmiştir ve neredeyse büyük ölçüde yeniden kaleme alınmıştır. Aslında söz konusu düzenleme çok daha detaylı kaleme alınmış ve hükmün dilinde değişiklikler yapılmıştır.⁴³

E-OR'da esas sözleşmede yer alacak bir yetkiye istinaden yönetim kurulunun belirli bir bant genişliğinde (*Kapitalband*)⁴⁴ esas sermayeyi değiştirmesi düzenlenmektedir. Bu sistem, yönetim kurulunun sadece sermaye artırımı yapabildiği kayıtlı sermaye sistemi⁴⁵ yerine düşünülmüş ve sistem artırım yanında sermaye azaltımı ya da şartlı sermaye artırımı gibi ihtimalleri de içermektedir.⁴⁶ Özellikle esas sözleşme ile

⁴³ İsviçre anonim ortaklıklar taslağının gerekliliği öğretilde tartışmalıdır. H Dieter Gericke/Andreas Müller/Daniel Häusermann/Nina Hagmann Aktienrechtsentwurf 2016: "Verbesserungen, aber auch Schwachstellen", *GesKR 2017*, s. 28 vd. : reformda bir takım kolaylıkların yanında sermaye azaltımı konusunda bir yenilik olarak sabit bir miktar yerine maximum meblağın onaylanması konusunda bkz. age, s. 28; alacaklıların korunması ile sermaye azaltılması arasındaki ilişki konusunda bkz. age, s.31; Yine İsviçre Anonim ortaklıklar taslağında sermaye azaltımı hakkında bkz. Hans Caspar von der Crone/Luca Angstmann, "Kernfragen der Aktienrechtsrevision", *SZW 2017*, s.6 vd.; Hans Caspar von der Crone/Luca Angstmann, "Kernfragen der Aktienrechtsrevision, Das Aktienkapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision", *SZW 2017*, s. 590 vd. sermaye azaltımında borçlulara çağrı, sermaye azaltımında inceleme onayı, azami meblağ ile sermaye azaltımı (s. 591) olağan sermaye azaltımı (s. 592 vd.)

⁴⁴ Kayıtlı sermaye band sistemi, İsviçre'de henüz uygulanmamakla birlikte, Avrupa'da birçok ülkede örneğin Fransa, Lüksemburg, Belçika ve Hollanda'da şirket şeklinde örgütlenmiş yatırım fonlarında uygulanmaktadır. Çağlar, s. 140-141 ve orada zikredilen literatür.

⁴⁵ Hukukumuzda TTK md. 473/6 hükmü, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararıyla sermaye azaltımına olanak vermez. Zira kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna sermaye artırımı ve TTK md. 460/4 ve SPKn. md. 18/5'de sayılan sermaye artırımıyla bağlantılı yetkiler verilebilmektedir. Kayıtlı sermaye sisteminde sadece sermaye artırımı ve buna bağlı yetkiler verilebilen yönetim kurulunun sermaye azaltılması kararı alması mümkün değildir. İsmail Kırcıca/ Feyzan Hayal Şehirli Çelik/ Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, C.1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s.337-338; Kayıtlı sermaye azaltımı konusunda İsviçre'de yapılan düzenlemeler ve bu konuda bir öneri için bkz. Harun Keskin, "Sermaye Azaltımının Esnekleştirilmesi: Kayıtlı Sermaye Azaltımı İçin Bir Öneri", *C.XXV (S.2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)*, Ankara 2009, s.410 vd.

⁴⁶ İsviçre'deki taslakta, yönetim kurulunun sadece sermaye artırımını yapabildiği kayıtlı sermaye sisteminin yerine, sermaye artırımını, azaltılmasını ve şartlı sermaye artırımını içeren yeni bir sermaye değişikliği konsepti, "sermaye bandı" sistemiyle benimsenmiş olmaktadır. Hasan Pulaşlı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 1711-1712; TTK'da kayıtlı sermaye azaltılması, belli bir tabana kadar sermayenin azaltılması yetkisinin yönetim kuruluna verildiği bir sermaye azaltım olanağı

yönetim kurulunun esas sermayeyi sadece artırabileceği ya da azaltılabileceği öngörülebilir. Eğer sadece sermaye azaltımı ile yetkilendirme gerçekleşirse, mevcut hukuk bakımından tanınmayan kayıtlı sermaye azaltımı söz konusu olur. Yönetim kurulunun esas sözleşme ile sermayenin azaltılması konusunda yetkilendirilmesi, sadece, şirket, yıllık hesabın sınırlı denetiminden vazgeçmemişse mümkündür. (e-OR Art.653s, f.4) Denetimin şart koşulmasıyla şirket alacaklılarının korunması amaçlanmaktadır. Yönetim kurulu esas sermayeyi tespit edilmiş olan bant genişliği içerisinde azaltmışsa, alacaklılara çağrı ya da bu konuda bir denetim gerekli değildir. (e-OR Art 653w, f.2) Yönetim kurulu, esas sermayeyi bu şekilde, sadece sermayenin azaltılmasıyla alacaklıların alacakları tehlikeye düşmüyorsa azaltabilir.⁴⁷

Taslakta sermaye azaltımı sermaye arttırımı ile birlikte düzenlenmiştir. Yine hali hazırdaki uygulamayı yansıtan maximum meblağa kadar sermayeyi indirme imkânı, genel kurul kararı öncesi ve sonrası yeniden borçlulara davet -Art. 653k Abs. 1. e-OR- gibi hususlar taslağın olumlu yönleridir. Başarılı bir şekilde borçluları davetten sonra alacaklıların başvuru süresi 2 aydan -Art. 733 OR- 30 güne indirilmiştir. -Art. 653k Abs. 2. e-OR- Tüm bu aktarılanlar sermaye azaltımı açısından esnekliği arttırmaktadır. Ancak taslağa getirilecek bir eleştiri ise evvelki taslaklardan farklı olarak uzman denetiminin (Revisionsexperten) yeni taslağa alınmamasıdır. Öte yandan taslakta bir yenilik getirilmiş ve Birleşme kanunu (Fusionsgesetz) Art. 25 ile uyumlu bir şekilde şayet şirket, alacaklıların haklarının sermaye azaltımı durumunda tehlikeye düşmeyeceğini ispat ederse kayıtlı bir talebi güvence altına alma yükümlülüğünün kaldırılması öngörülmüştür (Art. 653k Abs. 3. e-OR).⁴⁸

yoktur. Bunun gibi TTK'da şarta bağlı sermaye artırımından esinlenerek oluşturulmuş şarta bağlı sermaye azaltılmasına özgü ayrı bir azaltma sistemi de bulunmamaktadır. Oysa İsviçre 5-6 yıldan beri anonim ortaklıklar hukukunun reform çalışmaları bağlamında bu iki kategoriyi tartışmaktadır. Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s.150.

⁴⁷ e-OR'daki sermaye azaltımına ilişkin değişiklikler konusunda bkz. Aydın Alber Yüce, "İsviçre Anonim Şirketler Hukuku Revizyon Tasarısının Şirket Sermayesi ve Paylar Bakımından Getirdiği Bazı Yenilikler", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XII, S.2 (2017), s. 68 ve 71-73.

⁴⁸ İsviçre Anonim ortaklıklar taslağına eleştirisel bir bakış ve özellikle taslaktaki bazı ifadelerin metinsel olarak düzeltilmesi gerektiği hakkında bkz. Peter Böckli, "Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016", *GesKR 2017*, s. 138 vd.

VII. HALKA AÇIK ŞİRKETLERDE SERMAYE AZALTIMINA İLİŞKİN ÖZEL HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Sermayenin azaltılmasına ilişkin SPKn'da, genel kurul toplantılarına ilişkin esasların düzenlendiği 29 uncu maddede, toplantı ve karar nisaplarına ilişkin bir hüküm (29/6) haricinde özel bir düzenleme yer almadığından, sermayenin azaltılmasına ilişkin olarak TTK'da yer alan hükümler kural olarak SPKn.'na tabi halka açık şirketler açısından da uygulama alanı bulmaktadır. Bu çerçevede, SPK tarafından sermaye azaltımına ilişkin olarak yapılmış özel düzenlemeler haricinde halka açık şirketler tarafından gerçekleştirilecek sermaye azaltımı işlemleri TTK md.473 vd. hükümleri kapsamında gerçekleştirilebilecektir. Nitekim, TTK'nın "Anonim Şirket" başlıklı 4. kısmının 330 uncu maddesinde; "Özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır." hükmüne yer verilerek, özel kanunlara tabi anonim şirketlere özel düzenlemelerde hüküm bulunmadığı hallerde, TTK hükümlerinin uygulanacağı açıkça hükme bağlanmaktadır. Yine SPKn'nun 2'inci maddesinin ikinci fıkrasında ise "Bu Kanunda ve bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan ve diğer kanunlarda bu Kanunun uygulanmayacağına belirtildiği hâllerde genel hükümler uygulanır." denilmektedir.

Öte yandan, Kurul'un VII-128.1 sayılı Pay Tebliği (Pay Tebliği)'nin 19'uncu maddesinde fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımı özel olarak düzenlenmiş olup⁴⁹, söz konusu maddede fon çıkışı gerektirme-

⁴⁹ Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu döneminde fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımı, Kurul'un 20-24.4.2009 tarih ve 2009/18 sayılı Haftalık Bülteni ile ilan edilen 22.4.2009 tarih ve 12/296 sayılı İlke Kararı ile düzenlenmiş idi. Anılan kararda, günümüz ekonomik koşulları dikkate alınarak, payları nominal değerini altında işlem gören halka açık şirketlerin sermaye artırımlarına imkân sağlamak amacıyla belirlenmiş fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltım sürecine ilişkin ilke ve esasların belirlendiği ifade edilerek, konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2009&no=18>> (Erişim tarihi: 22.9.2021) Öte yandan, 26.7.2013 tarih ve 2013/25 sayılı Kurul Bülteni'nde yayınlanan ilan ile; SPK'nın II-5.1 sayılı İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği ve VII-128.1 sayılı Pay Tebliği'nin 22.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmiş olması nedeniyle, aralarında 22.04.2009 tarih ve 12/296 sayılı ilke kararı (2009/18 sayılı Bülten) olmak üzere anılan kararda listesi verilen Kurul İlke Kararı ve Duyuruları yürürlükten kaldırılmıştır. <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2013&no=25>> (Erişim tarihi: 22.9.2021)

yen sermaye azaltımının hangi usul ve esaslar takip edilerek yapılacağına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Anılan maddenin ilk fıkrasında; *“Payları borsada nominal değerinin altında işlem gören ortaklıklar bilanço açığının kapatılması amacıyla sermaye azaltımı yapabilir. Yapılacak sermaye azaltımı ile münhasıran bilanço açığı kapatılır.”* hükmüne yer verilmiş olup, anılan fıkradan da anlaşılacağı üzere, söz konusu azaltım usulü ancak payları borsada nominal değerinin altında işlem gören şirketler bakımından tatbiki kabildir. Dolayısıyla, halka açık şirket paylarının borsada nominal değerinin üzerinde işlem görmesi durumunda, söz konusu hüküm ilgili şirket hakkında uygulanamayacaktır. Yine payları borsada işlem görmeyen diğer halka açık şirketlerin (ortak sayısı itibarıyla halka açık şirketler) sermaye azaltımı işlemlerinin ise 6102 sayılı TTK'daki genel hükümler çerçevesinde gerçekleştirilmesinin gerekte olduğu düşünülmektedir.

Halka açık şirketlerin fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımı ile kaydi olarak bir payın borsadaki işlem fiyatının düzeltilerek, nominal değerinin üzerine çıkarılması amaçlanmaktadır. Bir başka deyişle, halka açık şirketlerde sermaye azaltımı yöntemine başvurulmak suretiyle şirketlerin pay fiyatının nominal değerinin üzerine çıkmasının sağlanması ve bu şirketlerin nakit sermaye artırımını yapabilmeleri için ekonomik ve hukuki koşulların oluşturulması hedeflenmektedir. Böylelikle, şirketlerin halka açıklık oranları muhafaza edilerek sermayenin tabana yayılması sağlanacaktır.⁵⁰

B. VII-128.1 sayılı Pay Tebliği ile Getirilen Düzenlemelere Bakış

1. Fon Çıkışı Gerektirmeyen Sermaye Azaltımı Kavramı

Pay Tebliği'nin 19 uncu maddesinde halka açık şirketler için fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımı kavramı oluşturulmuş olup, ge-

⁵⁰ Eken, s.35-36. Borsada işlem gören ve pay fiyatı 1.-TL'nin altına düşen şirketlerin halka arz suretiyle nakit sermaye artırımını yapmaları ekonomik olarak mantıklı olmadığından, zorunlu olarak tahsisli sermaye artırımına başvurmaları neticesinde halka açıklık oranları düşmektedir. Anılan şirketlerin halka arz suretiyle nakit sermaye artırımını yapmalarının ekonomik olarak mantıklı ve mümkün olmaması, yatırımcı tarafından Borsadan daha ucuza alınacak bir payın nominal değerinden iktisap edilmesinin anlamlı olmadığını ifade etmektedir. TTK'nun 347. maddesi uyarınca itibari (nominal) değerden aşağı bir bedel ile pay ihraç edilememesi bu neticeye sebebiyet vermektedir.

tirilen düzenlemeler TTK'da yer alan basit sermaye azaltımıyla benzerlik göstermektedir. Nitekim anılan düzenlemede, basit sermaye azaltımında olduğu gibi, bilanço açığının kapatılması amacıyla sermaye azaltımı yapılabileceği, yapılacak sermaye azaltımı ile münhasıran bilanço açığının kapatılacağı hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca, hükümde öngörülen uygulama prosedüründe alacaklıları davet ve alacaklarını ödeme veya teminat altına alma söz konusu değildir.⁵¹ Bu nedenlerle, ilke kararında fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımının basit sermaye azaltımı olduğu söylenebilir.⁵²

Diğer taraftan, hükümde yer alan bilanço açığı terimi, şirketin Kurul düzenlemelerine göre hazırlanmış, bağımsız denetimden geçirilmiş ve genel kurulca onaylanmış son yıllık finansal tablolarındaki geçmiş yıl zararları ile dönem zararlarının toplamını ifade etmektedir. Ayrıca, sermaye azaltımına esas teşkil edecek finansal tablolar hakkında, bağımsız denetçi tarafından "olumlu" görüş bildirilmiş olması gerekmektedir. Bir başka deyişle, bağımsız denetçi tarafından olumsuz görüş bildirilmiş veya görüş vermekten kaçınılmış finansal tablolar, sermaye azaltımı işlemlerine esas teşkil edemeyecektir.⁵³

2. Şirketin Bilanço Açığı Bulunmaması Durumunda Yapılacak Sermaye Azaltımı

Pay Tebliği'nin 19'uncu maddesinde, sermaye azaltımına başvuracak şirketin bilanço açığının bulunmaması veya yapılacak sermaye azaltım tutarının bilanço açığından fazla olması durumunda, ortaya çıkacak olan fazlalık için, sermaye azaltımı ile sermaye artırımına eş zamanlı olarak karar verilmesinin gerektiği düzenlenmiştir. Bu du-

⁵¹ Nitekim Pay Tebliği md. 19/10 hükmünde; "Fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımlarında TTK'nın 473'üncü maddesinin ikinci fıkrası ile 474'üncü ve 475'inci maddeleri uygulanmaz" düzenlemesine yer verilmiştir.

⁵² Mülga Kanun döneminde konuyu düzenleyen 22.4.2009 tarih ve 12/296 sayılı İlke Kararı açısından benzer nitelendirme için bkz. Harun Keskin, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun 22.4.2009 tarihli Halka Açık Anonim Ortaklıkların Fon Çıkışı Gerektirmeyen Sermaye Azaltım İşlemlerinde Uyacakları İlke ve Esasları Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. I, Ankara 2010, s.1266.

⁵³ Mülga Kanun dönemindeki 22.4.2009 tarihli İlke Kararı'nda da benzer bir düzenleme yer almakta olup, bağımsız denetçi tarafından "Olumsuz" görüş bildirilmiş veya görüş bildirilememiş finansal tabloların, sermaye azaltım işlemlerine esas teşkil edemeyeceği hükme bağlanmıştır.

rumda, yapılacak sermaye artırımını asgari olarak söz konusu fark kadar fazla olacaktır. Sermaye azaltımı ile sermaye artırımına eş anlı olarak karar verilmesi sonucunda, önceki ve sonraki sermaye tutarları arasında herhangi bir değişiklik olmasa bile, esas sözleşmenin sermayeye ilişkin maddesinin tadil edilerek bu maddeye söz konusu işlemi açıklayan bir hükmün eklenmesi zorunludur.⁵⁴

3. Tebliğ Hükümü Çerçevesinde Sermaye Azaltım Prosedürü ve Diğer Hususlar

Fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımlarında, şirketin kayıtlı sermaye sisteminde olup olmadığı önem taşımamaktadır. Ayrıca, sermaye azaltım işlemlerinin usulüne uygun olarak sonuçlandırılması şirket yönetim kurullarının sorumluluğundadır.

a. Esas Sözleşme Değişikliğinin YK Tarafından Hazırlanması ve Kurul'a Başvuru

Esas sözleşmenin sermaye maddesine ilişkin hazırlanan madde tadil tasarısı ve Tebliğ ekinde belirtilen diğer bilgi ve belgeler ile birlikte Kurul'a başvurulur.

Söz konusu belgelerden 6762 sayılı TTK md. 396 hükmü çerçevesinde hazırlatılan bilirkişi raporunda, sermaye azaltım tutarı, bağımsız denetimden geçirilmiş ve GK tarafından onaylanmış yıllık finansal tablolardaki bilanço açığı toplamı, yapılacak azaltım işlemi sonucunda ortaklığın, ortaklık alacaklılarının ve pay sahiplerinin herhangi bir zarara uğramayacakları hususları açıkça belirtilmiş olmalıdır.

b. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ve İlgili Kamu İdaresinin İzni

Esas sözleşmede değişiklik öngören ve SPK'ca uygun görüş verilmiş olan, madde tadil tasarısı Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın onayından geçirilir. Özel mevzuatları uyarınca esas sözleşme değişiklikleri başka bir kurumun iznine veya onayına tabi olan şirketler, ilgili kurumdan izin veya onay almak zorundadır.

⁵⁴ 22.4.2009 tarih ve 12/296 sayılı İlke Kararı'nda, sermaye azaltımı ile sermaye artırımına eş zamanlı olarak karar verilmesi sonucunda, önceki ve sonraki sermaye tutarları arasında herhangi bir değişiklik olmayacaksa, esas sözleşme değişikliğine gerek bulunmadığı düzenlemesine yer verilmiştir.

c. Genel Kurul Kararı

Sermayenin azaltılmasının nedenlerine, sermaye azaltımının hangi esaslar çerçevesinde yapılacağına, söz konusu azaltımın ortaklık malvarlığında herhangi bir eksilmeye yol açmayacağına ve ortaklığa sağlayacağı faydalara ilişkin olarak yönetim kurulunca hazırlanacak raporun en geç sermaye azaltımının görüşüleceği genel kurul toplantısına ilişkin gündemle birlikte ortaklara duyurulması, ortaklık merkezinde ortakların incelemesine hazır bulundurulması ve bu raporun genel kurulca onaylanması zorunludur.

Sermayenin azaltılmasına ilişkin esas sözleşme değişikliği ile konuya ilişkin yönetim kurulu raporu esas sözleşme değişikliğine ilişkin Kurul uygun görüşü tarihinden itibaren azami altı ay içinde yapılacak genel kurul toplantısında karara bağlanır. Altı ay içerisinde genel kuruldan geçirilerek onaylanmayan tadil tasarısı geçerliliğini yitirir. Söz konusu genel kurul kararı alınırken varsa oydaki imtiyazlar kullanılamaz. Sermaye azaltımı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal ediyorsa, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun da esas sözleşme değişikliğini ve yönetim kurulu raporunu onaylaması gerekir. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu hakkında TTK'nın 454'üncü maddesi uygulanır.

Sermaye azaltımının karara bağlanacağı genel kurul toplantısındaki toplantı ve karar nisabı, SPKn.'nın 29 uncu maddesinin altıncı fıkrasındaki esaslara göre tespit edilir. SPKn md. 29/6 hükmü uyarınca yapılacak genel kurul toplantıları için toplantı nisabı bulunmamakta, yalnızca karar nisabı bulunmaktadır. Anılan hüküm uyarınca alınacak kararlarda ilk toplantı veya ikinci toplantı nisabı ayrımı yapılmadığından, ilk toplantıda gerekli nisabın sağlanamaması nedeniyle yapılacak ikinci toplantı için daha hafif bir nisap öngörülmemiştir.

d. Sermaye Azaltımında Eşit İşlem İlkesinin Uygulanması

Kural olarak, sermaye azaltımında pay sahipleri arasında eşitsizlik yaratmayacak bir yöntemin belirlenmesi esastır. Bununla birlikte sermaye azaltım işlemlerinin pay sahipleri arasında eşitsizlik yaratacak şekilde yapılması planlanıyorsa, kendi aleyhine eşitsizlik yaratılacak pay sahiplerinin tamamının onayının alınması zorunludur. (md. 19/8)

e. Ticaret Siciline Tescil ve İlan

GK tarafından alınan sermaye azaltım kararı ile onaylanmış yönetim kurulu raporu, genel kurul tarihini takiben on beş gün içerisinde ticaret tescil ettirilerek TTSG’de ilan edilir.

Sermaye azaltımına ilişkin olarak yapılan işlemlerin Kurul’un özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde kamuya açıklanması zorunludur.

f. Sermaye Azaltım Yöntemi

Tebliğ’in 19’uncu maddesinin altıncı fıkrasında; *“Fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımları, sadece pay sayısının azaltılması suretiyle yapılabilir.”* denilmiştir. Mülga İlke kararında ise, fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımlarının, payların nominal değerinin en az 1 kuruş olacak şekilde düşürülmesi ya da pay sayısının azaltılması suretiyle yapılabileceği düzenlenmiş idi.

C. Örnek Olaylar Çerçevesinde Halka Açık Şirketlerde Sermaye Azaltımı

1. Kurul Kararları

SPK’nın 12.11.2020 tarih ve 2020/70 sayılı Kurul Bülteni’nde yayınlanan kararda⁵⁵; *“X. A.Ş.’nin, 700.000.000,00 TL’lik çıkarılmış sermayesinin 595.755.646,04 TL tutarında azaltılarak 104.244.353,96 TL’ye indirilmesine ve eşzamanlı olarak 1 TL nominal değerli 100 adet pay için 17 TL yeni pay alma hakkı kullanım fiyatı üzerinden tamamı nakden karşılanmak üzere toplam 23.529.411,76 TL tutarda sermaye artırımı yapılarak çıkarılmış sermayesinin 127.773.765,72 TL’ye artırılması nedeniyle ihraç ve halka arz edilecek toplam 23.529.411,76 TL nominal değerli paylara ilişkin olarak hazırlanan izahname ile tasarruf sahiplerine satış duyurusunun onaylanmasına ve VII128.1 sayılı Pay Tebliği md. 19/13 uyarınca sermaye azaltımı ile eş anlı olarak ya da sermaye azaltımının sonuçlanmasından itibaren iki yıl içerisinde yapılacak sermaye artırımlarında, artırılan sermayeyi temsil eden payları satın alacak yatırımcıların talebinin alınmasından önce, söz konusu maddede öngörülen risk formunun yatırımcılar tarafından imzalanması veya*

⁵⁵ <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2020&no=70>> Erişim tarihi: 2.10.2021.

onaylanmasının sağlanması gerektiği hususunda kamunun bilgilendirilmesine” karar verildiği kamuya duyurulmuştur.

Diğer bir olayda da, SPK’nın 4.3.2021 tarih ve 2021/12 sayılı Bülteni’nde yayınlanan karar⁵⁶ ile, “ABC...A.Ş.’nin 250.000.000 TL tutarındaki kayıtlı sermaye tavanı içinde 40.000.000 TL olan çıkarılmış sermayesinin, 31.12.2019 tarihli bağımsız denetimden geçmiş finansal tablolarında yer alan geçmiş yıl zararlarının 38.000.000 TL tutarındaki kısmının mahsup edilmesi suretiyle %95 oranında azaltılarak 2.000.000 TL’ye indirilmesi ve eş anlamlı olarak %1900 oranında arttırılarak 40.000.000 TL’ye çıkarılacak olması nedeniyle ihraç ve halka arz edilecek 38.000.000 TL nominal değerli paylara ilişkin izahnamenin ve tasarruf sahiplerine satış duyurusunun Kurulumuzca onaylanması talebinin olumsuz karşılanmasına” karar verildiği ilan edilmiştir.

2. Sermaye Azaltımına Uygulanacak Kuralların Belirlenmesi

X. AŞ. (Şirket) tarafından yapılmak istenen sermaye azaltımı işlemi bakımından sermaye piyasası mevzuatı kapsamında yapılan değerlendirilmede, Pay Tebliği’nin 19’uncu maddesinde fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımının, payları nominal değerinin altında işlem gören şirketler bakımından özel olarak düzenlendiği, anılan hükmün uygulama alanının payları nominalin altında işlem gören halka açık ortaklıklara özgülendiği görülmektedir. Somut olayda ise Şirket’in paylarının nominal değerinin üzerinde işlem gördüğü dikkate alındığında, Şirket tarafından yapılmak istenen sermaye azaltımı bakımından anılan hükme riayet edilmesi gerekli değildir⁵⁷. Diğer yandan Pay Tebliği’nde payları nominal değerinin üzerinde işlem gören ortaklıklar tarafından yapılacak sermaye azaltımı için özel bir düzenleme bulunmadığından *Şirket tarafından sermaye azaltımı işlemi*, TTK md.473 vd. hükümleri kapsamında genel kurul kararı ile gerçekleştirilmesi söz konusu olacaktır. Ayrıca doğrudan tatbiki kabil olmamakla birlikte

⁵⁶ <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2021&no=12>> Erişim tarihi: 5.10.2021.

⁵⁷ Şirket tarafından, sermaye azaltım kararının kamuya açıklandığı tarih olan 26.08.2020 tarihinden önceki 30 gün içerisinde oluşan ağırlıklı ortalama fiyatlarının ortalaması esas alınarak 1 payın ortalama değeri 6,69 TL bulunmuştur. Bulunan bu fiyat nominal değerinin üzerinde olduğundan, Pay Tebliği’nin 19 uncu maddesinin tatbiki söz konusu değildir.

Pay Tebliği'nin 19'uncu maddesinde yer alan düzenlemeler açısından da şirketin başvurusu değerlendirilmiştir.

ABC AŞ.'nin payları ise Borsa İstanbul AŞ. (Borsa) tarafından alınan kottan çıkarma kararı nedeniyle, karar tarihi itibarıyla borsada işlem görmediğinden, şirketin başvurusu Pay Tebliği'nin 19'uncu maddesi yerine TTK hükümleri uyarınca değerlendirilmiş, buna ilaveten Pay Tebliği'nin kıyasen uygulanmasının faydalı olacağı düşünülen hükümleri konusunda da değerlendirme yapılmıştır.

3. TTK Hükümleri Çerçevesinde Konunun Değerlendirilmesi

Şirket, sermayesinin azaltılması için başvuruda bulunmuş olup, azaltımla birlikte eşanlı olarak sermaye artırımını da yapılması planlanmaktadır. Buna göre TTK'nun 473'üncü vd. maddelerinde belirtilen koşulların yerine getirilmesi gerekmekte olup, anılan maddelerde belirtilen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

TTK'nın 473'üncü maddesinin 5'inci fıkrasına göre, sermayenin hiçbir suretle TTK md. 332'de belirlenen en az tutardan aşağı olamayacağı hükme bağlanmıştır. TTK'nın 332'nci maddesinde ise halka açık şirketler için SPKn.'nın ilgili hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda, SPKn.'nın ilgili maddesine dayanılarak çıkarılan II-18.1 sayılı Kayıtlı Sermaye Sistemi Tebliği'nin 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca kayıtlı sermaye sistemine geçecek ortaklıkların başlangıç sermayelerinin 100.000 TL'den az olamayacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu tutar yeniden değerlemeye tabi olup, 2021 yılı için 31.12.2020 tarih ve 2020/78 sayılı SPK Bülteni'nde 218.220 TL olarak belirlenmiştir. Şirket'in sermaye azaltımı sonucu oluşacak sermaye tutarı olan 104.244.353,96 TL, bu tutarın üzerinde olup, TTK md. 473/5'e aykırı bir durum bulunmamaktadır.

Genel kurul toplantı ve karar nisapları açısından konu değerlendirildiğinde, Şirket esas sözleşmesinin "Genel Kurul Toplantı ve Karar Nisabı" başlıklı 23'üncü maddesinde diğer hususların yanı sıra, esas sözleşme değişikliği yapılması ve sermaye artırımını için toplantı nisabının sermayenin en az %70'ini temsil eden pay sahiplerinin asaleten veya vekâleten hazır bulunması ile hâsıl olacağı; bu konulara ilişkin kararların Şirket sermayesinin en az %70'ini temsil eden pay sahip-

lerinin olumlu oyu ile alınacağı hükme bağlanmıştır. Şirket esas sözleşmesinde her ne kadar sermaye azaltımı için ayrı bir düzenlemeye yer verilmemişse de esas sözleşme değişikliği için ve ayrıca sermaye artırımını için, SPKn'nın 29/6 maddesinde sermaye azaltımı için belirlenenden daha ağır bir toplantı ve karar nisabı öngörüldüğünden, nisap konusunda da mevzuata aykırı bir husus söz konusu değildir.

ABC şirketinin esas sözleşmesinde genel kurul toplantı ve karar nisaplarına ilişkin ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmamakla beraber, 15'inci madde esas sözleşme değişikliğine ilişkin kararların A grubu pay sahiplerinin haklarını ihlal edici mahiyette olması halinde A grubu pay sahiplerinin olumlu oylarının aranacağı belirtilmiştir. Her ne kadar anılan şirketin başvurusu bakımından Pay Tebliği hükümleri yerine TTK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş olsa da SPKn'nın bu anlamda TTK ile çatışan hükmü SPKn. sonraki özel kanun olması nedeniyle uygulama alanı bulacağından SPKn. 29/6 hükmünde yer alan nisaplar şirketin başvurusu açısından uygulanacaktır.

TTK'nın 473'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre, sermayenin azaltılmasına rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirkette varlığı belirlenmiş olmadıkça sermayenin azaltılmasına karar verilmez. Öte yandan TTK'nın "Alacaklılara Çağrı" 474'üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, "Sermaye, zararlar sonucunda bilançoda oluşan bir açığı kapatmak amacıyla ve bu açıklar oranında azaltılacak olursa, yönetim kurulunca alacaklıları çağdırmaktan ve bunların haklarının ödenmesinden veya teminat altına alınmasından vazgeçilebilir" hükmü ile maddenin 1. fıkrasındaki önlemlerin uygulanmayabileceği durumlar açıklanmıştır. Bu fıkra uyarınca, sermayenin, zararlar sonucunda bilançoda oluşan bir açığı kapatmak amacıyla ve bu açıklar oranında azaltılacak olması durumunda yönetim kurulunca alacaklıları çağdırmaktan ve bunların haklarının ödenmesinden veya teminat altına alınmasından vazgeçilebileceği anlaşılmaktadır. Somut olayda da Şirket tarafından bilanço açığını kapatmak amacıyla sermaye azaltımı gerçekleştirildiğinden, TTK'nın anılan hükümlerine aykırı bir durum söz konusu değildir.

Şirket'in, payları Borsa'da işlem gören bir anonim ortaklık olması nedeniyle sermayesini temsil eden payları Merkezi Kayıt Kuruluşu

A.Ş. (MKK) tarafından kayden izlenmektedir. Bu bağlamda, TTK'nun 475'inci maddesinin 2'nci ve 3'üncü fıkralarında belirtilen işlemlerin tümü Şirket talebi üzerine MKK tarafından kayden gerçekleştirilecek olup, sermaye azaltım oranında mevcut pay sahiplerinin payları azaltılacaktır.

ABC Şirket'inin başvurusuna esas 31.12.2019 tarihli finansal tablolarına bakıldığında geçmiş yıl zararlarının 42.600.058 TL, dönem karının 624.274 TL ve geçmiş yıl zararları ile dönem zararının toplamından oluşan bilanço açığının ise 41.975.784 TL olduğu, Şirket'in 40.000.000 TL olan çıkarılmış sermayesinin geçmiş yıllar zararlarının mahsubu amacıyla 38.000.000 TL tutarında azaltılarak 2.000.000 TL'ye indirilmesi ve eş anlı olarak bedelli artırım ile 38.000.000 TL'den 40.000.000 TL'ye çıkarılmasının planlandığı görülmektedir. Buna istinaden alınan Şirket'in yönetim kurulu kararında; *"3.Sermaye azaltımına ilişkin alınacak genel kurul onayını takiben, sermaye azaltımının şirketin geçmiş yıllar zararlarının şirketin ödenmiş sermayesinden mahsup edilmesi suretiyle yapılacak olması ve şirket bünyesinden herhangi bir nakit, fon veya varlık çıkışı olmayacağı, öz varlık değerinde hiçbir değişiklik olmayacağı göz önüne alınarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun TTK'nın 474'üncü maddesi birinci ve ikinci fıkrası hükmü uyarınca alacaklılara yapılacak çağrıdan ve bunların haklarının ödenmesinden veya teminat altına alınmasından vazgeçilmesine,"* karar verilmiştir. Bu kapsamda, Şirket'in sermaye azaltımı, 474'üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca bilanço açığını kapatmak amacıyla, bu açıklar oranında⁵⁸ yapılacağından birinci fıkrada öngörülen ilanların yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

⁵⁸ Azaltmanın bilanço zararına eşit tutarda yapılması gerektiği, aksi halde bu usulün uygulanamayacağı, sermayenin tam bilanço açığı miktarında azaltılması, bu miktarın çok az da olsa aşılması gerektiği konusunda bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, s.272; Tekinalp, s.153. Öte yandan, her ne kadar 474'üncü maddenin ikinci fıkrasında "açıklar oranında" denilse de şirket zararlarının kapatılması amacı ile yapılan sermaye azaltılmasında azaltmanın bilanço zararına eşit veya bu zararın altında kalan bir tutarda yapılmasının mümkün olduğu da özellikle geçmiş TTK döneminde kabul edildiği görüşlerine de rastlanmaktadır. Ahmet Türk, Bilanço Açığını Kapatmak Amacıyla Yapılan Basitleştirilmiş Esas Sermaye İndirimi, *Mevzuat Dergisi*, 1998, Yıl: 1, Sayı: 10; Firdevs Topçu, "Sermaye Şirketlerinde Esas Sermayenin Azaltılması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s.92-93. Nitekim SPK'nun geçmiş uygulamalarının da bu yönde olduğu söylenebilir.

4. Pay Tebliği'nin 19'uncu Maddesinde Düzenlenen Hükümlere İlişkin Değerlendirilme

Tebliğ'in 19'uncu maddesinin altıncı fıkrasında; *"Fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımları, sadece pay sayısının azaltılması suretiyle yapılabilir."* denilmiştir. Şirket, sermaye azaltımını pay sayısını %85,10 oranında azaltarak yapacaktır. ABC şirketi de sermaye azaltımını, pay sayısının %95 (=38.000.000/40.000.000) oranında azaltılması suretiyle gerçekleştirecektir.

Tebliğ'in 19'uncu maddesinin yedinci fıkrasında; *"Bağımsız denetçi tarafından olumsuz görüş bildirilmiş veya görüş vermekten kaçınılmış finansal tablolar, sermaye azaltımı işlemlerine esas teşkil edemez."* hükmü yer almakta olup, Şirket'in sermaye azaltımı işlemlerine esas teşkil edecek bağımsız denetimden geçirilmiş 31.12.2019 ile son kamuya açıklanan sınırlı bağımsız denetimden geçirilmiş 30.09.2020 tarihli finansal tablolarıA.Ş tarafından denetlenmiş olup bağımsız denetim raporları "olumlu" görüş içermektedir. Pay Tebliği'nin 19/8 maddesinde *"Sermaye azaltımında pay sahipleri arasında eşitsizlik yaratmayacak bir yöntemin belirlenmesi esastır. Bununla birlikte sermaye azaltım işlemlerinin pay sahipleri arasında eşitsizlik yaratacak şekilde yapılmasının planlanması durumunda, kendi aleyhine eşitsizlik yaratılacak pay sahiplerinin tamamının onayının alınması zorunludur"* hükmü yer almaktadır. Şirket'in sermaye azaltımı raporunda, sermaye azaltımı nedeniyle hiçbir ortağın herhangi bir menfaat kaybı olmayacağı belirtilmiştir.

ABC şirketinin A grubu payları üzerinde imtiyaz bulunmakta olup, Şirket yönetim kurulu tarafından hazırlanan sermaye azaltımına ilişkin raporda her iki grup pay için de tüm pay sahiplerinin sahip olduğu payların %95 oranında azaltılacağı ifade edilmiş olup, Şirket'in yapacağı sermaye azaltımından bütün pay sahipleri payları nispetinde aynı oranda etkileneceklerdir.

Tebliğ'in 19'uncu maddesinin birinci fıkrasında;

"Payları borsada nominal değerinin altında işlem gören ortaklıklar bilanço açığının kapatılması amacıyla sermaye azaltımı yapabilir. Yapılacak sermaye azaltımı ile münhasıran bilanço açığı kapatılır. Sermaye azaltımına konu tutarın, yapılacak sermaye azaltımı sonrasında hesaplanacak payların düzeltilmiş borsa fiyatının payların nominal değerinin yüzde yirmisini aşmayacak şekilde belirlenmesi zorunludur. Bu hususa uyulmadan yapılacak

başvurular Kurulca işleme alınmaz.” hükmü yer almaktadır. Söz konusu hükümden, payları nominalin altında işlem gören şirketlerin bilanço açığı kapatmak amacıyla sermaye azaltımı yapabileceği anlaşılmaktadır. Öte yandan, Şirket’in payları nominalin üzerinde işlem görmekte ve sermaye azaltımını TTK hükümlerine göre yapmakta olup, şirketin başvurusunun TTK’ya uygunluğu yukarıda değerlendirilmiştir. ABC şirketinin payları ise Kurul karar tarihi itibarıyla borsada işlem görmediğinden başvuru öncelikle TTK hükümleri kapsamında analiz edilmiştir. Pay Tebliği’nin md. 19/2 hükmü uyarınca ABC Şirket’inin bilanço açığı 41.975.784 TL olup, yapılacak sermaye azaltımı bilanço açığından fazla değildir.

5. Şirket’in Başvurusunun Bakanlık Tebliği Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Şirketin TTK’nın 376’ncı maddesi hükümleri çerçevesinde hazırlanan bilançosunda özkaynak tutarının negatife düştüğü, Şirket’in aktiflerinin yükümlülüklerini karşılamayacak seviyeye düşmüş olması nedeniyle Şirket’in hâlihazırda borca batık durumda olduğu, başka bir ifade ile TTK md.376/3 fıkrası kapsamında bulunduğu görülmektedir.

TTK md.376/2 uyarınca bir anonim şirketteki sermaye kaybının 2/3 oranına ulaşması halinde *şirket yönetim kurulunun çağrısı üzerine genel kurulun sermayenin üçte biri ile yetinme ya da sermayenin tamamlanması kararlarından birini alması, bir başka ifadeyle sermaye kaybının 2/3 veya daha yüksek bir oranda olması halinde maddede öngörülen iki alternatiften birini karara bağlaması gerekmektedir.*⁵⁹ Ayrıca, Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan ve “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) 376’ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ”in⁶⁰ (Bakanlık Tebliği) 7’nci maddesi uyarınca sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması halinde, toplantıya çağrılan genel kurulun sermayenin artırıl-

⁵⁹ Bakanlık Tebliği’nden önce yargı kararları ve doktrindeki genel kabul, sermayesinin üçte ikisi karşılıksız kalmış bir şirkette sermaye artırımı yapılamayacağı, öncelikle TTK md. 376/2 hükmünde yer alan önlemlerden birinin tesis edilmesinin gerekeceği şeklinde idi. Ali Paslı, “Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirket Sermaye Artırımı”, Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s.75.

⁶⁰ 15.09.2018 tarih 30536 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

masına karar verilebileceği düzenlenmiş ve 10 uncu maddesinde ise *“sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması ile birlikte eş zamanlı olarak istenilen tutarda artırımına”* veya *“sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması yoluna gidilmeden sermaye artırımına”* karar verilebileceği hükme bağlanmıştır.⁶¹

TTK md.376/3 hükmünde ise, ara bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde ise, yönetim kurulunun bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bilmesi ve şirketin iflasını istemesi gerektiği düzenlenmiştir.⁶² Bununla birlikte, Bakanlık Tebliği ile bu hususta ilave bir imkânın getirildiği görülmektedir. Buna göre Tebliğ’in 11 inci maddesinin dördüncü fıkrasında borca batıklık durumunda; *“Yönetim organı hem işletmenin devamlılığı esasına hem de aktiflerin muhtemel satış değerlerine göre çıkarılan ara bilânço üzerinden aktiflerin şirket alacaklarını karşılamaya yetmediğine karar vermesi ve 7’nci maddede belirtilen tedbirleri almaması halinde şirketin iflası için mahkemeye başvurur.”* düzenlemesine yer verilmiştir. Dolayısıyla bu halde de anılan madde uyarınca yönetim kurulu tarafından TTK md.376/2’de ve anılan Tebliğ’in 7’nci maddesinde düzenlenen kararlar alınabilecek ve bu kararların alınması durumunda iflas başvurusu yapılması zorunluluğu ortadan kalkacaktır.

Bu çerçevede *Şirket’in sermayenin azaltımı ve artırım başvurusunun* Bakanlık Tebliğ’inin md.7 hükmü kapsamında olduğu ve başvurunun temel amacının *Şirket’in* TTK md.376/3 kapsamından çıkmasını sağlamak olduğu, bu kapsamda yapılacak sermaye azaltımı işlemi neticesinde *Şirket’ten* bir fon çıkışının olmayacağı ve primli olarak yapılacak sermaye artırımını neticesinde ise *Şirket’e* fon girişinin sağlanacağı tespit edilmiştir.

⁶¹ Anılan Bakanlık Tebliği genel olarak halka açık şirketler hakkında da uygulanacak olmakla birlikte, TTK md.330 uyarınca özel hükümler saklı olduğundan ve SPKn’nun 12/1 hükmü uyarınca halka açık şirketlerde tam ve nakden ödeme kuralı geçerli olduğundan Tebliğ’in 10 uncu maddesinde düzenlenen apel sistemi/asgari ödeme yükümlülükleri halka açık şirketler bakımından uygulama alanı bulunmayacak ve artırılan sermaye tutarlarının tam ve nakden ödenmesi gerekecektir.

⁶² TTK md. 376/3 hükmü de TTK md. 376/2 gibi emredici nitelikte olup, şirketin borca batık olduğunun tespiti halinde, şirketin mali durumunun bozukluğunun derecesinin saptanması ve bu tespiti göre yasadaki önlemlerin uygulanması kanunun amir hükmüdür. Nitekim TTK md. 375/1/g hükmünde de borca batıklık halinde mahkemeye bildirimde bulunmak yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında sayılmıştır.

Bu kapsamda TTK düzenlemeleri incelendiğinde sermaye azaltımının daha önce sermayeye eklenen fonlardan yapılmasını engelleyen bir hükme rastlanılmadığı gibi, TTK'da azaltımın hangi kalemlerden yapılmasını gerektiğini düzenleyen açık bir düzenleme de bulunmamaktadır. TTK md.376 ve 473 vd. maddeler ile ilgili Tebliğde TTK md.376 kapsamından çıkmasını sağlayacak sermaye azaltımı işleminde anonim şirket sermayesinin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması gerekli olup, yapılacak azaltım bakımından anonim şirketin geçmiş yıllar zararlarının mahsup edilmesi zorunluluğu öngörülmemiştir. Ayrıca, sermaye azaltımının daha önce sermayeye eklenen fonların sermayeden indirilerek, anılan hesaplara alacak kaydı ile yapılmasını, başka bir deyişle, sermaye azaltımında kullanılacak sermaye unsurlarına daha önce sermayeye eklenmiş olan bazı fonlardan başlanması ve bunların ilgili oldukları hesaplara geri kaydedilerek sermaye azaltımının yapılmasını engelleyen bir düzenleme de tespit edilememiştir. Bunun yanı sıra, özellikle TTK md.376 bakımından önemli olan hususun şirketin sermaye kaybı statüsünden çıkmasının sağlanması olduğu ve bunu sağlamaya yönelik yapılacak sermaye azaltımı ve artırımı işlemleri bakımından bilanço açığının tamamen kapatılmasının veya geçmiş yıllar zararlarının sermayeden mahsubunun zorunlu tutulmadığı sonucuna varılabilir.

Bu meyanda, Şirket'in sermaye azaltımında öncelikle geçmiş yıllar zararlarını mahsup etmesi zorunluluğunun yalnızca Pay Tebliği md. 19/1'de öngörüldüğü, somut olayda anılan Tebliğin 19. maddesinin uygulanma koşulları bulunmadığından başvurunun tümüyle TTK hükümleri çerçevesinde değerlendirilebileceği, eş anlamlı sermaye azaltımı ile artırımı gerçekleştirilmesinin sermaye piyasası mevzuatında ve TTK'da yasaklanmadığı sonucuna varılmaktadır. Ayrıca sermaye azaltımında kullanılacak sermaye unsurlarına daha önce sermayeye eklenmiş olan bazı fonlardan başlanması ve bunların ilgili oldukları hesaplara geri kaydedilerek sermaye azaltımının yapılmasını açıkça engelleyen bir düzenleme bulunmadığı söylenebilecektir.

Bilanço zararının ortadan kaldırılması amacı ile yapılan sermaye azaltımı durumunda, kanun koyucu bu azaltımı anonim şirketin mali ve ekonomik açıdan sağlığa kavuşması olarak değerlendirdiğinden, alacaklılar için bir tehlike görmemiştir. Bu kapsamda, TTK md.473/2'de "sermayenin azaltılmasına rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen

karşılacak miktarda aktifin şirkette varlığı belirlenmiş olmadıkça sermayenin azaltılmasına karar verilmez” hükmü yer almaktaysa da, anılan düzenlemenin sermayenin iadesi amacıyla yapılan sermaye azaltımlarında uygulanacağı ve kanun gereği (TTK md.376/2 kapsamında) yapılacak azaltımlar için uygulanmasının gerekli olmadığı yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere genel olarak kabul edilmektedir. Nitekim, aynı bakış açısının bir sonucu olarak, Pay Tebliği’nin md.19/10 hükmünde de fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımlarında TTK md.473/2 ve 474 hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede, şirketin sermaye azaltım ve artırım başvurusu, TTK md.376 kapsamında yapıldığından ve Şirketten herhangi bir fon çıkışı olmadığından, somut olayda TTK md.473/2 hükmünün uygulanmasının zorunlu olmadığı değerlendirilmektedir.

Öte yandan, Şirket tarafından yapılmak istenen sermaye azaltımında TTK md.474 hükmünün ikinci fıkrasının uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi bakımından konu analiz edildiğinde, Şirket başvurusunda belirtilen hususlardan yapılacak sermaye azaltımı ve eşzamanlı artırımı neticesinde geçmiş yıllar zararlarının kısmen veya tamamen sermayeden mahsubunun söz konusu olmayacağı görülmektedir. Bununla birlikte, somut olayda Şirket’in TTK md.376/3 kapsamında olduğu ve Şirket’in faaliyetlerine devam edebilmek için TTK md.376/3 kapsamından çıkmasını sağlamaya yönelik olarak anılan sermaye azaltımını yapmak istediği görüldüğünden, söz konusu işlemin nihai amacının sermaye kaybının giderilmesini sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda, sermaye azaltımı ve eşzamanlı artırımı işlemleri neticesinde Şirket’in geçmiş yıllar zararları aynen muhafaza edilecekse de, bu işlem ile Şirket’in TTK md.376 kapsamından çıkmasının amaçlanmasının, işlem sonucunda Şirketten fon çıkışının olmamasının ve işlem sonucunda bilançoda oluşan açığın kapatılmasının sağlanması nedeniyle işlemin TTK md.473/2’den istisna tutulduğunun kabul edilmesi ve TTK md.474/2 hükmünün somut olayda uygulanmaması bakımından yeterli olacağı söylenebilir.

Kaldı ki, mevcut durum değerlendirildiğinde, esasen Şirket’in sermayesinin tamamen karşılıksız kalmış olması ve aktiflerinin de yükümlülüklerini karşılayamayacak düzeyde olması nedeniyle sermaye azaltımı yapılsın veya yapılsın alacaklıların alacaklarını tam ve zamanında alma ihtimallerinin hali hazırda düşük olduğu ve yapılması

planlanan sermaye azaltımının da şirketten fon çıkışına neden olmayacak olması nedeniyle alacaklıların haklarına doğrudan olumsuz bir etkisi de olmayacaktır.

Bu kapsamda mevcut durumda Şirket aynı zamanda TTK md.376/3 kapsamında borca batık hale gelmişse de, yapılacak işlemle Şirket'ten fon çıkışı olmayacağı ve işlem ile Şirket'in TTK md.376 kapsamında çıkacağı ve yapılacak sermaye artırımını ile de Şirket'e yeni kaynak girişinin sağlanacağı dikkate alındığında, TTK md.474/2 hükümünün somut olayda uygulanmasının zorunlu olmadığı sonucuna varılabilecektir.

D. Bilanço Açığı Kapatılmadan Sermaye Artırımı ve Azaltımı Yapılması

İşbu başlık altında, TTK md.376/1 kapsamında olan halka açık bir şirketin, TTK md.376/2 kapsamına girmemesi ve TTK md. 509 uyarınca ortaklarına kar dağıtmasını sağlamak amacıyla bilanço zararını kapatmak istemesi ancak bilançoda birikmiş zarar tutarının yüksek olması nedeniyle zarar tutarı kadar sermaye azaltımı yapamadığı durumlarda, bilanço zararının bertaraf edilmesi amacıyla önce sermayenin artırılmasının ve ardından zarar tutarı kadar azaltılmasının analizi yapılmaya çalışılacaktır.

TTK md.376/1 kapsamında sermayesinin yarısı karşılıksız kalan şirketin bilanço zararını tasfiye etmesi için eş anlı sermaye azaltımı ve artırımını yapması hukuken tercih edilebilir bir yöntem olmakla birlikte, TTK çerçevesinde bu yöntemin uygulanabilmesi için gerekli olan ön şart esas sermayenin azaltılması ve azaltılan miktar kadar bedelleri tamamen ödenmiş, yeni paylar çıkarılarak sermaye artırımını yapılmasıdır. Ancak bilançoda birikmiş zarar tutarının ödenmiş sermayeden daha fazla olması durumunda, bilanço zararını tamamen tasfiye etmek amacıyla hareket eden ve zarar tutarı ödenmiş sermayesini aşan şirket tarafından, tüm bilanço zararının ödenmiş sermayeden indirilmesi mümkün olmadığından, bu yöntemin uygulanması gayri kabildir.

Diğer taraftan, kanun koyucu mali durumu bozulan bir ortaklığın durumunun iyileştirilmesinde hangi usul ve esaslara uyulacağını TTK md.376'da emredici olarak hükme bağlamış olup, TTK md.376'nın iyileştirme önlemlerine müdahale derecesi mali durumdaki bozulmanın

derecesine göre farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, kanun koyucu sermayesinin 2/3'ü karşılıksız kalan ya da borca batık durumda olan bir şirket bakımından hangi iyileştirme önlemlerinin uygulanabileceğini sınırlayıcı olarak hükme bağlamış iken, TTK md. 376/1 kapsamındaki bir ortaklık bakımından genel kurula bir serbesti bırakmaktadır.⁶³

Her ne kadar TTK'da bu hususta açıkça yasaklayıcı bir hüküm yoksa da doktrinde, TTK md.376/1 kapsamında olan bir ortaklığın bilanço açığını kapatmaksızın doğrudan doğruya sermaye artırımı yapmasının mümkün olup olmadığına ilişkin olarak görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

İsviçre doktrinde savunulan bir görüşe göre, zararlar sonucu ortaya çıkan bilanço açığı kapatılmaksızın sermaye artırımı yapılması mümkün değildir. Zira, bu görüşe göre esas sermaye artırımının ön şartı sermayenin karşılığının aktif tarafta tam olarak yer almasıdır. Diğer bir görüşe göre ise, sermaye kaybı halinde doğrudan doğruya esas sermaye artırımına gidebilir. Ancak bu görüşe göre, bu halde payların fiili değerinin nominal değerinin altında olması riski mevcuttur.⁶⁴

Türk Hukukunda ise, yukarıda da ifade edildiği üzere, iyileştirme tedbirlerinin niteliği bakımından TTK md.376/2 ve 3 için öngörülen kanuni zorunluluklar TTK md.376/1 açısından öngörülmediğinden, konu bu yönüyle tartışmaya açıktır. Konu hakkındaki ilk görüş, sermaye kaybının 2/3 oranına ulaşmadığı hallerde, TTK'da konu hakkında emredici bir hüküm olmaması nedeniyle, ortaklık genel kurulu sermaye artırımını daha önce ya da artırım kararıyla birlikte sermaye azaltımı yoluna gitmeksizin gerçekleştirebileceği yönündedir. Nitekim, Yargıtay da bir kararında, sermaye kaybının 2/3'den az olması halinde, sermaye tamamlanmaksızın esas sermaye artırımı yoluna gidilebileceğine hükmetmiştir.⁶⁵

Ancak doktrinde, TTK md.376/1 kapsamında olan bir ortaklığın genel kurulu tarafından öncelikle öz sermayenin esas sermaye ile aynı tutara getirilmesi, ardından sermaye artırımı yoluna gidilmesi gerektiği de bir diğer hukuki görüş olarak ileri sürülmektedir. Bu görüşe

⁶³ Türk, Borca Batıklık, s.63.

⁶⁴ Türk, Borca Batıklık, s.63.

⁶⁵ Türk, Borca Batıklık, s.144.

göre, TTK md.376/2 sermaye artırımları bakımından genel bir kural getirmekte olup, bu kurala göre sermaye artırımı yapılabilmesi için ortaklığın esas sermayesinin tümünü karşılayan net aktifinin olması gereklidir. Başka bir deyişle, bu görüşe göre bilanço açığı kapatılmaksızın sermaye artırımı yapılması mümkün değildir. Zira, kanun koyucunun bilanço açığı giderilmeksizin yapılacak bir sermaye artırımını ortaklığa katılma payı getirecek yeni pay sahipleri başta olmak üzere, üçüncü kişiler bakımından sakıncalı gördüğü düşünülmekte olup, sermaye kaybı hangi düzeyde olursa olsun esas sermaye artırımı için öncelikle bilanço açığının kapatılması gerektiği ileri sürülmüştür. Görüldüğü üzere, konu hukuken tartışmalı mahiyette olmakla birlikte, TTK uyarınca TTK md.376/1 kapsamında olan bir Şirket'in önce sermaye artırımı kararı alması, bu kararın tescilinin ardından TTK'daki şartlara uyum sağlamak koşuluyla basitleştirilmiş usulde sermaye azaltımı yapmasını yasaklayan bir hükme yer verilmediği görülmektedir. Bu çerçevede, anılan durumdaki şirketler tarafından gerekli yasal prosedürler takip edilerek önce bir sermaye artırımı kararı alınması, ardından sermayenin azaltımına karar verilmesinin mümkün olduğu değerlendirilmektedir.⁶⁶

Yapılacak sermaye artırımı ve azaltım işlemlerinin eş anlı olarak gerçekleştirilmesi, başka bir ifadeyle artırılan sermaye tutarı tescil edilmeksizin bir azaltım işlemi yapılmasının hukuken mümkün olmadığı belirtilmesi gerekir. Zira SPKn. md.12/1 hükmünde, *"İhraç olunan payların bedellerinin tamamen ve nakden ödenmesi şarttır."* düzenlemesine yer verilmiş; Pay Tebliği'nin *"Halka açık ortaklıkların bedelli sermaye artırımı yoluyla çıkarılacak paylarının halka arzı"* başlıklı 12'nci maddesinin dördüncü fıkrasında da, *"Halka açık ortaklıkların yapacakları bedelli sermaye artırımlarında ortaya çıkan sermaye koyma borcunun nakit olarak yerine getirilmesi zorunludur. Ancak, sadece nakden konulan ve nakden konulduğu"*

⁶⁶ Nitekim doktrinde Moroğlu tarafından "TTK'nın 376'ncı maddesinin ikinci fıkrası hükmünden herhalde böyle bir anlam çıkarılması zorunlu değildir. Hükmünde tamamlanmadan veya 1/3 ile yetinmeden söz edilmesine ve sermayenin tamamlanmasından da (ortaklığa bağışta bulunulması veya bu anlamda birtakım kazandırmalar yapılması dışında) öncelikle sermayenin artırımının anlaşılması gerekmesine göre, TTK md. 376/2 hükmünün 1/3 ile yetinme yani sermayenin bu orana kadar azaltılması işlemine gitmeden de doğrudan doğruya sermaye artırılmasına engel olmadığının kabulü gerekir" görüşü dermeyan edilmiştir. Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s.62.

mali müşavir raporu ile tespit edilen fonlar sebebiyle oluşan borçlar, muaccel olması kaydıyla, sermaye koyma borcuna mahsup edilebilir. Halka açık ortaklıkların yapacakları sermaye artırımlarında ortaya çıkan nakit sermaye koyma borcu, ortaklığa nakit dışındaki varlık devrinden kaynaklanan borçlara mahsup suretiyle yerine getirilemez” hükmüne yer verilerek, tam ve nakden ödeme ilkesinin bir gereği olarak, yapılacak bedelli sermaye artırımlarında şirkete nakit girişinin yapılması gerektiği kabul edilmiştir.

Bu halde, sermaye artırımını ve azaltımını işlemlerinin eş anlı olarak yapılmasının hukuken mümkün görülmemesinin ilk gerekçesi, sermaye piyasası hukukunda cari olan tam ve nakden ödeme ilkesidir. Ancak bunun yanı sıra, bu iki işlemin eş anlı olarak yapılması fiktif bir işlemle bilanço açığının kapatılması sonucunu da doğuracaktır. Nitekim, bu işlem, şirkete sermaye artırımını suretiyle bir nakit girişi yapılmasını sağlamayacak, şirket bilançosunda gerçek anlamda bir farklılık yaratılmaksızın, yapılacak olan fiktif işlemler ile, şirketin bilanço açığının kapatılmasına yol açabilecektir. Bu çerçevede, TTK’da ve sermaye piyasası mevzuatında aksi yönde bir hüküm bulunmaması nedeniyle, TTK md.376/1 kapsamındaki halka açık şirketin önce sermaye azaltımını yapmaksızın, doğrudan doğruya nakit sermaye artırımını yapmasının mümkün olduğu, sermaye artırımını gerçekleştirdikten sonraki bir tarihte gerekli yasal koşullara uymak kaydıyla, TTK md.473 vd. uyarınca bilanço zararını gidermek amacıyla sermaye azaltımını yapmasının söz konusu olabileceği, ancak gerçekleştirilecek sermaye artırımını ve azaltımını işlemlerinin eş zamanlı ve aynı genel kurul kararıyla yapılması mümkün olmayacaktır.

VIII. SONUÇ

İşbu çalışmada halka açık şirketlerde sermaye azaltımı konusu, TTK hükümleri ile mukayeseli olarak, yabancı ülke uygulamaları, konuya ilişkin güncel gelişmeler ve Kurul uygulaması da dikkate alınarak analiz edilmeye çalışılmıştır.

Sermaye piyasası hukukunda sermaye azaltımı konusunda Kanun’daki nisap hükmü ile Pay Tebliği’nde düzenlenen fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımı düzenlemesi haricinde halka açık şirketlere özgü hükümler bulunmadığından, TTK’da sermaye azaltımı konusunda cari olan hükümlerin, kural olarak halka açık şirketler açısından da

tatbiki kabil olduğu söylenebilecektir. Pay Tebliği'nde düzenlenen hususlar, öncelikle payları nominal değerin altında işlem gören şirketler açısından geçerli olmakla birlikte, Kurul uygulamasında, paylarının nominal değerin üzerinde işlem görmesi ya da kottan çıkarılmış olması nedeniyle borsada işlem görmemesi hasebiyle sermaye azaltımı konusunda Pay Tebliği hükümlerine tabi olmayan halka açık şirketlerin, TTK hükümlerine istinaden gerçekleştirecekleri sermaye azaltımı başvurusu işlemlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde Pay Tebliği hükümleri açısından da değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Anılan durumun, sermaye piyasası hukukunun temelini oluşturan ilkelere (tam ve nakden ödeme, kamunun aydınlatılması vs.) ile Kanun'un amacı (yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması) çerçevesinde yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Pay Tebliği'nde düzenleme alanı bulan fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımı sistemi, TTK'da yer alan sistemden farklı ve sui generis bir sistem olmakla birlikte, SPKn.'da Kurula, sermaye azaltımı konusunda düzenleme yapma yetkisi veren açık bir hüküm olmaksızın, TTK sisteminde yer almayan bir sermaye azaltımı yönteminin Tebliğ ile düzenlenmesi bu yönüyle tartışmaya açıktır. Kurulun gözetim ve denetimi altında bulunan halka açık şirketler açısından genel olarak düzenleme yapma yetkisi bulunmakla birlikte, çerçeve kanun niteliğini haiz olan SPKn.'da birçok hükümde Kurula özel yetki veren düzenlemelerin bulunduğu, bir başka deyişle konuya ilişkin temel hususların kanunla düzenlenip konuya ilişkin usul, esas ve detayların düzenlenmesi konusunda ikincil düzenleme yapma yetkisinin Kurula tevdi edildiği hakikati karşısında sermaye azaltımı açısından da özel yetki verilmesi hususunun değerlendirilmesinin önemli olduğu kanaatindeyiz. Kanun'da açıkça düzenlenecek yetki hükmü sonrası yapılacak düzenlemede sermaye azaltımına ilişkin olarak KSS'yi benimsemiş olan veya esas sözleşme sistemini benimseyen halka açık şirketler açısından sermaye azaltımının farklı esaslara dayandırılması da mümkündür. Ayrıca Pay Tebliği'nde, payları borsada işlem görmeyen halka açık şirketlerin sermaye azaltımına yönelik hükümlere de yer verilebilecektir.

Öte yandan, yabancı ülke hukuk sistemlerine bakıldığında, özellikle İsviçre hukukunda tartışılan, kayıtlı sermaye sistemine ilişkin kuralların kaldırılarak yönetim kuruluna belli bir bant dâhilinde sermaye

azaltımı yapabilmesine imkân tanıyan düzenleme taslağının, hukukumuz açısından da sermaye azaltımı hükümlerinin esnekleştirilmesine katkı sağlama bağlamında tartışılması yerinde olacaktır. Bu nedenle, mevzuatımızda mevcut KSS sisteminde yönetim kuruluna genel kurul tarafından yetki verilmesiyle sermaye azaltımına başvurulmasının hâlihazırda hukuken mümkün olmaması nedeniyle, ya KSS sisteminin yönetim kuruluna genel kurul tarafından sermaye azaltımı konusunda yetki vermeye müteallik bir karar alınabilmesi için mevzuatta gerekli düzenleme yapılarak tadil edilmesi ve şirketin esas sözleşmesine dercolunacak bu yönde bir hüküm ile sermaye azaltımının kolaylaştırılması ya da sistemin esnetilmesine yönelik başkaca özel bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı değerlendirilmektedir. Bu meyanda, KSS'yi benimseyen şirketlerde pay sahiplerinin haklarında değişiklik oluşturmayacak sermaye azaltımları için yönetim kurulunun yetkili kılınması söz konusu olabilecektir. Diğer taraftan KSS'yi benimsemiş olup olmadığına bakılmaksızın payları borsada işlem gören halka açık şirketler için, yukarıda ayrıntılı olarak ifade edilen sermaye azaltımı ile ilgili CA'da öngörülen ve 1.10.2008 tarihinden itibaren yürürlüğe giren, ticari şirketler için yöneticiler tarafından oy birliğiyle alınan ödeme beyannamesini (solvency statement) de içeren özel bir karar ile sermaye azaltımına gidilmesini sağlayan yeni sermaye azaltım prosedürünün ülkemiz hukuk sisteminde de uygulanmasının yararlı olacağı düşünülmektedir. Böylelikle, bilirkişi raporu alınması ve alacaklıların temin edilmesi gibi uzun bir prosedür gerektiren sermaye azaltımının, payları borsada işlem gören halka açık şirketler için tatbikini kolaylaştırarak, sermaye azaltımının şirketler açısından pratik bir yolla yapılması ve sermaye azaltımıyla hakları ihlal edilmesi muhtemel olan alacaklıların haklarının da himayesi temin edilebilecektir. Bir başka deyişle, yönetim kurulu tarafından şirketin mali durumu açıklanmak ve mali durumunun borçlarını karşılayacak nitelikte olduğu beyan edilmek suretiyle mevcut durumda uzun bir prosedür gerektiren yöntem dışında pratik bir yöntemle sermaye azaltımı yapılabilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, halka açık bir şirkette, bilançoda birikmiş zarar tutarının ödenmiş sermayeden daha fazla olmasından dolayı zarar kadar sermaye azaltımı yapılamaması nedeniyle, gerekli yasal prosedürler takip edilerek önce bir sermaye artırımı kararı alınması, ardından sermayenin azaltımına karar verilmesine engel bir

durum olmamakla birlikte, anılan işlemlerin eş anlı olarak yapılmasının, gerek sermaye piyasası hukukuna hâkim olan ve Pay Tebliği md. 12/4'te tekrar edilen tam ve nakden ödeme ilkesinin mevcudiyeti gerek bu iki işlemin eş anlı olarak yapılmasının fiktif bir işlemle bilanço açığının kapatılması sonucunu doğurması nedeniyle hukuken mümkün görülemeyeceği vurgulanmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Bahtiyar Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2021.
- Cenkci Esra, Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- Çağlar Hayrettin, Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- Çolgar Emek Toraman, "TTK m.376/2 Hükmü Kapsamında Sermaye Kaybı Olan Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı Yapılması", Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Editörler: Emek Toraman Çolgar/Abdurrahman Kayıklık, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- Demir Koray, Özel Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırımı ve Esas Sermayenin Azaltılması (TTK m. 463-475), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- Eken Mustafa, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Sermaye Azaltımı (Hizmete Özel), SPK Yeterlik Etütleri, Ankara 2011.
- Keskin Harun, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun 22.4.2009 tarihli Halka Açık Anonim Ortaklıkların Fon Çıkışı Gerektirmeyen Sermaye Azaltım İşlemlerinde Uyacakları İlke ve Esasları Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. I, Ankara 2010.
- Kırca İsmail/Şehirali Çelik Feyza Hayal/Manavgat Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C.1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013.
- Memiş Tekin/Turan Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Moroğlu Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- Moroğlu Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirme ve Öneriler, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Paslı Ali, "Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirket Sermaye Artırımı", Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- Pennington Robert R., Company Law, Sixth Edition, London, Dublin, Edinburgh, 1990.
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2021.

- Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, 14. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2019 (Ortaklıklar Hukuku II).
- Pulaşlı Hasan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Sancak Ethem, Sermaye Piyasası Sözlüğü, Scala Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Şener Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Tekinalp Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- Topçu Firdevs, Sermaye Şirketlerinde Esas Sermayenin Azaltılması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010.
- Türkoğlu Utku Ferah, Türk Anonim Şirketler Hukukunda Kayıtlı Sermaye Sistemi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Makaleler

- Böckli Peter, Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016, GesKR 2017, s. 133-151.
- Caspar von der Crone Hans/Angstmann Luca, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 2017 s. 3- 27.
- Caspar von der Crone Hans/Angstmann Luca, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, Das Aktienkapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision, SZW 2017, s.586-606.
- Fabis Henrich, Vereinfachte Kapitalherabsetzung bei AG und GmbH, MittRhNotK, 1999, s.170- 197.
- Geißler Markus, Rechtliche und unternehmenspolitische Aspekte der vereinfachten Kapitalherabsetzung bei der AG, NZG 2000, s.719-726.
- Gericke H Dieter/Müller Andreas/Häusermann Daniel/Hagmann Nina, Aktienrechtentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, GesKR 2017, s. 25- 46.
- Glasenapp Von, Bilanzielle Behandlung unterschiedlicher Geschäftsanteile einer GmbH bei einer ordentlichen Kapitalherabsetzung, Betriebs Berater (BB) 2020.
- Halm Dirk, Formelle und materielle Erfordernisse der ordentlichen Kapitalherabsetzung im Recht der GmbH, DStR, 1997.
- Keskin Harun, "Sermaye Azaltımının Esnekleştirilmesi: Kayıtlı Sermaye Azaltımı İçin Bir Öneri", C.XXV (S.2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)* Ankara 2009, s.405-424.
- Priester Hans-Joachim, Kapitalherabsetzung und Gewinnausschüttung, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht obs (NZG) 2021.
- Pulaşlı Hasan, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı", Aralık 2006, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)*, C.XXIII (S.4), s.35-90.
- Rolf Sethe, Kapitalmarktrechtliche Konsequenzen einer Kapitalherabsetzung, ZIP, 2010, 1825-1832.

- Terbrack Christoph, Düsseldorf, Kapitalherabsetzende Massnahmen Bei Aktiengesellschaften Aufsatz, RNOTZ, s. 90- 119.
- Türk Ahmet, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları (Borca Batıklık), Nobel Yayıncılık, Ankara 1999.
- Türk Ahmet, Bilanço Açığını Kapatmak Amacıyla Yapılan Basitleştirilmiş Esas Sermaye İndirimi, *Mevzuat Dergisi*, 1998, Yıl: 1, Sayı: 10.
- Türk Ahmet, "Yeni TTK'nın Getirdiği Değişiklikler ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2015, C.17, (S.2), s.63-112.
- Yüce Aydın Alber, "İsviçre Anonim Şirketler Hukuku Revizyon Tasarısının Şirket Sermayesi ve Paylar Bakımından Getirdiği Bazı Yenilikler", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XII, S.2 (2017), s.55-79.

İnternet Kaynakları

- <<http://www.nortonrose.com/knowledge/publications/pdf/file25765.pdf?lang=de-de>>
- <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2009&no=18>>
- <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2013&no=25>>
- <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2020&no=70>>
- <http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm#directives>
- <<https://cdn.istanbul.edu.tr/file/JTA6CLJ8T5/58173EC0D323436184F4D1693250DE6C>>

KAMBIYO SENETLERİNİN ZİYAI NEDENİYLE ALINAN İPTAL KARARI VE BU KARARIN SENET İLE İLGİSİ OLAN TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLERE ETKİSİ

THE ANNULMENT DECISION TAKEN BY THE COURT DUE
TO THE LOSS OF THE NEGOTIABLE INSTRUMENTS
AND ITS EFFECT ON THE RELATIONS BETWEEN THE
INTERESTED PARTIES IN THE NOTE

Melih SÖNMEZ*

Özet: TTK md. 645 gereğince kıymetli evrakın içerdiği hak ile senet arasında sıkı bir ilişki vardır. Bundan dolayı da esas olarak hak, senetten ayrı ileri sürülemez. Zaten TTK md. 646 hükmü uyarınca kıymetli evrak borçlusuna, senedin kendisine ibraz edilmesiyle ödeme yapmak ile yükümlüdür. Fakat senedin zayi olması durumunda senette hak sahibi olarak gözüken kişinin, hakkını talep edememe riski ortaya çıkabilmektedir. Bir kıymetli evrak çalınma, yırtılma, kaybolma, yanma veya vasıfları okunmayacak hale gelme gibi nedenler ile zayi olabilir. Bu tür nedenler ile senedin fiziki varlığının yok olmasının, alacak hakkının da yitirilmesi olarak yorumlanması hakkaniyet kuralları ile bağdaşmayacaktır. Senette hak sahibi olarak kabul edilen kişi aleyhine gözüken bu adaletsiz yaklaşımın önüne geçmek için, menfaatler dengesi çerçevesinde kıymetli evrakın mahkeme vasıtasıyla iptali öngörülmüştür. TTK md. 651 hükmü uyarınca mahkeme yoluyla alınacak iptal kararının en temel amacı, belirli prosedürler neticesinde iptal kararıyla hakkın senetsiz bir şekilde talep edilmesine veya yeniden senedin düzenlenmesine imkân vermektir. İptal kararının en temel hukuki sonuçlarından bir tanesi, senedin teşhis fonksiyonunu ortadan kaldırmaktır. Burada sorulması gereken soru, iptal kararının kambiyo senedi ile ilgili olan taraflar bakımından ne tür etkisi/etkileri olacağıdır. İptal kararının senetteki taraflara olan etkileri üç temel perspektifte analiz edilebilir; iptal kararı alıran hamil ve senet borçlusuna arasındaki ilişkiye etkisi; senet borçlusuna ve senedi elinde bulunduran üçüncü kişi arasındaki ilişkiye etkisi ve iptal kararı alıran hamil ve müracaat borçlularına olan etkisi. Bu minvalde bu çalışmanın temel amacı, kambiyo senedi elindeyken zayi olan hak sahibinin alacağı iptal kararının etkisini, senet üzerindeki ilgili taraflar bakımından incelemektir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, melihsonmez@erzincan.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4074-9641, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.09.2021, Kabul Tarihi: 06.09.2021

Anahtar Kelimeler: Kambiyo Senetlerinin Zayi Olması, İptal Davası, İptal Davasının Hukuki Sonuçlarının Senet Taraflarına Olan Etkisi

Abstract: Pursuant to Article 645 of the Turkish Commercial Code (TCC), there is a strong relation between the right contained in the valuable paper and the note itself. Hence, the right cannot be asserted separately from the note. In accordance with the provision of Article 646 of the TCC, the obligator of the valuable paper is already obliged to make a payment upon the presentation of the note. However, in case of the loss of the note, the risk of not being able to claim the right by the person, who appears as the rightful owner of the note, may arise. A valuable paper may be lost due to some of the reasons, such as destroyed or stolen instrument or it can be burned or its texts may become illegible. For such reasons, interpreting the loss of the physical existence of the note as the loss of the right to claim will not be compatible with the rules of equity. In order to prevent such an unfair approach against the person, who is accepted as the rightful owner of the note, cancelation of the valuable papers through the court decision has been regulated under Article 651 of the TCC within the framework of the balance of interest. Pursuant to the provision of Article 651 of the TCC, the main aim of the annulment decision is to allow claiming the right without the note or to issue the note again. One of the most fundamental legal consequences of the annulment decision is to abolish the identification function of the note. The question that needs to be asked in here is that what kind of effect/effects the annulment decision will have for the interested parties involved in the note. The effects of the annulment decision on the interested parties in the note can be examined in three basic perspectives; its effect on the relationship between the holder of the annulment decision and the obligator of the note; its effect on the relationship between the obligator of the note and the third person holding the note; and its effect on the relationship between the holder of the annulment decision and other debtors on the liability chain in the note. In this respect, the main purpose of this study is to examine the impact of the annulment decision taken by the right holder, who lost while the negotiable instrument is in her/his possession, on the interested parties in the note.

Keywords: The Loss of the Negotiable Instruments, Action for Annulment, the Effects of the Action for Annulment on the Relationships between the Interested Parties in the Note

GİRİŞ

Kıymetli evrakın 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunumuza kazandırılmasında İsviçre Borçlar Kanunu'ndan yararlanılmış ve tanımı TTK md. 645 hükmü kapsamında: *"Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez."* şeklinde mehz kanundan çevrilmiştir. Bu tanımdan da

anlaşılacağı üzere kıymetli evrak, maddi bir değeri olan, bu minvalde sahibine bir alacak hakkı sağlayan senetler olarak kabul edilmektedir. Kıymetli evrakın bir hak içermesi ve bu hakkın devredilebilir olması da ticari hayatta önemli misyonlar üstlenmesine vesile olmaktadır. Özellikle tek bir kâğıt parçası olarak çok yüksek meblağların ödenmesini sağlaması, ticari faaliyetler kapsamında bir ödeme aracı olarak tercih edilmesini ve yaygın bir şekilde kullanılmasını sağlamaktadır.

Kıymetli evrakın en önemli özelliği senet ile hak arasında sıkı bir ilişkinin varlığıdır. Bu özellik, kıymetli evrakı sıradan senetlerden ayıran temel özellik olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan, kıymetli evrakın taşıdığı bu hakkın sonuç doğurabilmesi için senedin de mutlaka ibraz edilmesi gerekmektedir.¹ Diğer bir ifadeyle hem senetteki hakkın talep edilebilmesi hem de senetteki hakkın devredilebilmesi için senedin ibrazı zorunludur.

Senet, kıymetli evrakın maddi unsurudur ve bu maddi varlık günlük hayatta çeşitli tehlikelere maruz kalmak suretiyle fiziki varlığını kaybedebilir. Hukuk terminolojisinde senedin fiziki varlığını kaybetmesi zayi olma olarak ifade edilmektedir. Senet ve hak arasındaki yukarıda ifade edilen sıkı ilişki göz önüne alındığında, senedin zayi olmasının hakkın da zayi olmasına neden olup olmadığı, tartışılması gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tartışmanın gündeme gelmesinin temel sebebi, senedin zayi olmasının yetkili hamil nezdinde senedin borçluya ibraz edilebilme imkanını ortadan kaldırmasıdır.

Senedin zayi olması sebebiyle senetteki meşru hak sahibinin borçludan bir talepte bulunamayacak olması, menfaatler dengesi bakımından kabul edilebilecek bir durum değildir. Diğer bir ifadeyle senedin zayi olmasının senetteki hakkın talep edilememesine neden olması ağır bir yaptırımdır. Bu hakkaniyetsiz durumun ortadan kalkması için, kanun koyucu kıymetli evrakın iptal müessesesini düzenlemiş ve belirli prosedürler yerine getirilmek şartıyla meşru hak sahibine, senetteki hakkın senetsiz bir şekilde talep edilebilmesine imkân tanımıştır.

¹ Nama yazılı senetler bakımından aksi görüş için bkz. Şaban Kayıhan, 6728 sayılı Kanun ile Değişmiş Türk Ticaret Kanunu ve Çek Kanununa Göre Kıymetli Evrak Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, 7. Bası, s.33.

Senedin zayı olması çok farklı şekilde gerçekleşebilmektedir. Yırılma, yanma, kâğıt öğütücü makinelerin içine düşmesi gibi zayı hallerin bazılarında senedin ibraz edilmesi imkânsız hale gelirken (mutlak anlamda zayı olma); çalınma, kaybolma, düşürülme gibi hallerde ise (nispi anlamda zayı olma) senedin üçüncü kişiler nezdinde kullanılması ihtimali devam etmektedir.² Bu bakımdan senedin zayı olmasında ortaya çıkabilecek bu farklı durumlar, iptal kararının senetteki ilgili taraflara olan etkisi sorununu gündeme getirmektedir. Özellikle senedin ibrazının hala mümkün olduğu zayı hallerinde (çalınma, kaybolma gibi) alınacak iptal kararının; senedi elinde bulunduran hamiller bakımından, müracaat borçluları bakımından ve senet borçlusunu ile iptal kararı aldırın hamil bakımından etkisi, incelenmesi gereken bir sorun olarak gündeme gelmektedir.

Bu çerçevede çalışma üç temel bölüm üzerinde şekillenecektir. Birinci bölümde kıymetli evrakın zayı olması kavramı ana hatlarıyla analiz edilecek; ikinci bölümde iptal kurumuna olan ihtiyaç, iptal müessesesiyle ilgili düzenlemeler, iptal talebinin şartları, iptal talebinde bulunabilecek kişiler, zayı nedeniyle iptal talebi ve bedelsizlik nedeniyle açılacak iptal davası arasındaki farklar incelenecek; son bölümde ise senedin maddi varlığını devam ettirdiği durumlar için başvuru iptal talebinin hukuki sonuçları senetteki ilgili taraflar bakımından değerlendirilecektir.

1. Kıymetli Evrakın Zayı Olması

6102 sayılı TTK'nın ilgili hükümleri incelendiğinde, kıymetli evrakın iptalinin istenebileceği yeknesak bir hukuksal düzenlemenin olmadığı söylenebilir. Genel olarak TTK md. 651, 661/3-4, 666, 667/1, 757/1 ve 849 hükümleri kapsamında "zayı etmek, kaybetmek, zıya uğramak, irade dışında elden çıkmak" gibi ibareler kullanılmıştır. Bu minvalde kullanma yaygınlığı ve anlamının kapsamı bakımından "zayı olma" kav-

² Mustafa Yavuz, "Boş Çek Defterinin veya Yaprakının Zayı Olması Halinde Başvurulabilecek Hukuki Yollar", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara 2019, Cilt/Volume: 14, S.149, s.95; Ersin Çamoğlu, Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s.19; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/Fusun Nomer Ertan, Kıymetli Evrak Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, 13. Bası, (Ülgen/Helvacı) s.56; ayrıca hisse senetlerinin zayı olması sebebiyle verilen iptal kararına ilişkin Yargıtay 11.HD., 18.01.2007T., 2005/13557E., 2007/395K.

ramının doktrinde tercih edildiği söylenebilir.³ Zayi sözcüğü Arapça kökenli bir kelime olarak “*yitmek, kaybolmak*” anlamında kullanılmaktadır.⁴ Kıymetli evrak hukuku kapsamında bu kavram değerlendirildiğinde, hamilin senedin zilyetliğini yitirme ve borçluya ibraz etme olanağından mahrum kalması olarak kabul edilebilir.

TTK md. 645 ve md. 646/1 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde hak ve senet arasındaki sıkı ilişki, senetteki hakkın talep edilebilmesi için hem senet zilyetliğine sahip olmayı hem de senedin ibraz edilmesini gerekli kılmaktadır. Fakat yukarıda ifade edildiği üzere çok çeşitli nedenler ile ortaya çıkabilecek senedin zayi olması durumu, senedin yetkili hamili bakımından hakkın talep edilebilmesini bu haliyle imkânsız hale getirmektedir. İşte kanun koyucu, senet zilyetliğinin bu şekilde yitirilmesi sonucunda hakkın talep edilebilme olasılığından mahrum kalınmasını engellemek, menfaatler dengesiyle örtüşmeyecek bu durumu ortadan kaldırmak için senedin zayi olmasını, TTK md. 651 kapsamında senedin iptalinin istenebileceği bir olgu olarak kabul etmiştir. Böylelikle alınacak bir iptal kararı, hak ve senet arasındaki sıkı ilişkiye bir istisna teşkil ederek, hakkın senetsiz bir şekilde talep edilebilmesine imkân tanıyacaktır. Bu minvalde senedin zayi olması sonucunda alınacak iptal kararının iki temel avantajı olduğu söylenebilir; (1) Hak sahibinin hakkını senetsiz bir şekilde talep edebilmesi, (2) Borçlunun zayi olan bir senedin kendisine ibraz edildiğinde ödeme yapmasının engellenerek haksız hamilin senet bedelini tahsil etme ihtimalinin ortadan kaldırılması ve borçlunun asıl hak sahibine tekrar ödeme yapma riskinin bertaraf edilmesi.⁵

2. Kıymetli Evrakın İptali

Kıymetli evrakın iptali, yukarıda ifade edilen çok çeşitli unsurlardan birisi sebebiyle senedi zayi olan hak sahibinin, bu hakkını kullanabileceği kanuni bir çözüm yolu olarak ortaya çıkmıştır. En genel ifadesiyle “iptal”, zayi olan kıymetli evrakın “geçersizliğinin” mahkeme kararıyla

³ Abuzer Kendigelen/İsmail Kırca, Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar Kambiyo Senetleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, 3. Basıdan 4. Tıpkı Bası, (Kırca) s.59.

⁴ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, e.t.01.05.2021.

⁵ Çamoğlu, s.19 ve Bozkurt, s.140.

onanmasıdır.⁶ Kıymetli evrakın iptali, senedini zayı ettiğini ispatlayan hak sahibinin bu hakkını senetsiz bir şekilde iptal kararıyla istemesi ya da yeni bir senedin hazırlanmasını talep edilmesi şeklinde iki önemli imkân sağlamaktadır.⁷ Ayrıca iptal kararı alınuncaya kadar ödeme ya-sağı kararı aldırma imkânı da vardır. Burada dikkat edilmesi gereken önemli unsurlardan bir tanesi, bedelsizlik nedeniyle açılacak iptal davası ile senedin zayı olması sebebiyle mahkemeden talep edilecek iptal kararının birbirinden farklı olmasıdır. Bedelsizlik nedeniyle açılacak iptal davası, kıymetli evrakın düzenlenmesine neden olan alt ilişkinin ortadan kalkması sebebiyle senet borçlularının senedin bedelsizliğine yönelik menfi tespit davası niteliğinde açtıkları bir davadır.⁸ Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmemekle birlikte, isim benzerliği sebebiyle senedin zayı olması durumunda kıymetli evrakın iptali talebi ile farklı olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.⁹ Ayrıca kıymetli evrakın iptali talebi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 383 kapsamında çekişmesiz yargı işlerinden¹⁰ kabul edildiğinden dolayı bir dava değildir.

⁶ Reha Poroy/Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, 22. Bası, s.122. Poroy/Tekinalp tarafından yapılan bu tanımda yer alan, "yitirilen kıymetli evrakın geçersizliğinin mahkeme tarafından açıklanması" ibaresi tartışmaya açıktır. İptal kararı maddi hukuk açısından etkili olmadığı için, senedin kıymetli evrak vasfını kaldırmadığı gibi iyi niyetin korunmasını da ortadan kaldırmaz. Çünkü iptal kararının aksi ispatlanabilir. Ayrıntılı bilgi için böl. 3.3. İptal Kararının, Senedi İyi Niyetle Elinde Bulunduran Hamil ile İptal İsteminde Bulunan ve Senet Borçlusunu Arasındaki İlişkiye Etkisi.

⁷ age, s.121; Özkan Gültekin, "Kıymetli Evrakın Zayı Olması Halinde Hamilin Hakları", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara 2007, S.16, s.36.

⁸ İsmet Sayhan, *Kambiyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.198.

⁹ Ali Bozer/Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü, Ankara 2020, 9. Bası, s.44.

¹⁰ Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara/Adalet Yayınevi 2020, 4. Bası, s.352. Burada tartışmalı durumlardan bir tanesi, Ticaret Hukuku doktrininde ve bazı Yargıtay Kararlarında kıymetli evrakın iptal talebini, bir iptal davası olarak ele alıp konuyu açıklayan bazı görüşlerin bulunmasıdır. Örneğin Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, Ankara/Adalet Yayınevi 2020, 8. Bası, s.91: İptal Davasının Şartları; Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, (Ülgen/Helvacı) s.59: İptal Davası Sonucunda Alınan İptal Kararının Hükümleri; Bozkurt, s.144, "... hamiline yazılı senetlerde iptal davası açılmadan..."; Yargıtay 11.HD., 20169880E., 2018/2363K., "...Dava, zayı sebebiyle bono iptali istemine dair olup..." Kıymetli evrakın iptalini bir iptal davası olarak niteleyen bu görüşlerin, usul hukuku bakımından tartışmalı olduğu söylenebilir. Yukarıda izah edildiği üzere kıymetli evrakın iptali HMK md.383 kapsamında çekişmesiz yargı işlerinden kabul edildiğinden ötürü bir dava değildir. Bu sebeple, kıymetli evrakın iptali gibi ortak konularda, Ticaret Hukukçularının ve Usul Hukukçularının birlikte çalışması, kavramsal karışıklıkların önlenmesi adına faydalı olacaktır.

2.1. Kıymetli Evrakın İptaline İlişkin Hükümler

Kıymetli evrakın zıya ve iptali ile ilgili kriterlere yönelik düzenlemeler TTK md. 651-653 maddeleri arasında genel nitelikli olarak hüküm altına alınmıştır. TTK md. 651'e göre bir kıymetli evrakın iptaline mahkeme karar verir. Bu yüzden "iptal", yitirilen bir kıymetli evrakın zayi olduğunun mahkeme kararıyla belirlenmesidir.

Kıymetli evrakın iptali ile ilgili önemli durumlardan bir tanesi senedin çeşidi ve türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Zayi olan bir kıymetli evraka yönelik bir iptal kararı, belirli prosedürlerin yerine getirilmesi neticesinde alınabilecektir. Bu prosedürler, senedin çeşidi ve türüne göre farklılıklar gösterebilmektedir. TTK'da genel nitelikli hükümlere ek olarak özel bazı hükümlerde kıymetli evrakın çeşidine ve türüne göre iptal kararı ile ilgili düzenlemeler getirilmiştir. Örneğin TTK md. 657 hükmü nama yazılı senetler; TTK md. 661-669 hükümleri hamiline yazılı senetler ve TTK md. 757-765 ve TTK md. 831/2 hükümleri ise emre yazılı senetler ile ilgili iptal kararını düzenlemektedir.¹¹ Özellikle TTK md. 831/2 kapsamında; "İptal konusunda, varant ve makbuz senedi¹² dışındaki emre yazılı senetlere poliçelere ilişkin hükümler uygulanır." hükmü emre yazılı senetlerin iptal usulü ile ilgili genel çerçeveyi çizmektedir. Burada kambiyo senetleri bakımından da öne çıkan bir unsur göze çarpmaktadır. TTK md. 757-765, TTK md. 778/1-1 ve TTK md. 818/1-s hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kambiyo senetlerinin tamamında devir türüne bakılmaksızın poliçenin iptaline ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.¹³

2.1.1. İptal Kararı Verilebilmesinin Maddi Şartları

Zayi olan senetler bakımından iptal kararı verilebilmesi için belirli şartların da bulunması gerekmektedir. Bu şartlar beş temel unsur çerçevesinde ele alınabilir;¹⁴

- a) Senedin zayi olması;
- b) Senette yer alan hakkın halen var olması;

¹¹ Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.57.

¹² Varant ve makbuz senedinin iptali TTK md.849'da düzenlenmiştir.

¹³ Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.57.

¹⁴ Pulaşlı, s.91-94; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Kıymetli Evrak Hukuku, Dora Yayınları, Bursa 2019, 10. Bası, s.38.

- c) İptali talep edenin hak sahibi olması;
- d) Senet zilyetliğinin yeniden kazanılmasının mümkün olmaması;
- e) Senedin kanunen iptaline izin verilen bir senet olması.

a) Senedin Zayı Olması: Senedin zayı olması, senedin çeşitli nedenlerle¹⁵ fiziki varlığını kaybetmesi olarak tanımlanmaktadır. Kıymetli evrakın zayı olması senedin maddi varlığına ilişkindir, o yüzden senette yer alan mündemiç haklara bir etkisi yoktur.¹⁶ Genel olarak, hak sahibince kıymetli evrakın herkese karşı ibrazının mümkün olmaması veya olanaksız hale gelmesine neden olan bir sebebin varlığı, iptal talebinde bulunmanın temel kriterlerinden birisidir.¹⁷

TTK md. 645 hükmü uyarınca senet ve hak arasındaki sıkı ilişki sebebiyle hak sahibince ibraz edilmesi gereken belge senedin kendisidir. Bu sebeple senedin bir fotokopisinin bulunması veya bir kopyasının bulunması, hakkın talep edilmesi bakımından herhangi bir öneme sahip olmadığı gibi, orijinal senet zayı olduğunda, bu fotokopi ya da kopyaların varlığı, iptal talebinde bulunulmasına da engel teşkil etmez.¹⁸

b) Senette yer alan hakkın hala mevcut olması: İptal kararı aldırmanın bir diğer önemli şartı, kanunda açıkça ifade edilmemiş olmasına rağmen, senetteki hakkın hala varlığını sürdürmesidir. Eğer senetteki hak bir şekilde ortadan kalkmış veya hiç doğmamış ise iptal talebinde bulunmaya artık gerek yoktur. Senetteki hak ödemenin yapılmış olması ile ortadan kalkabilir. Yine düzenleyen tarafından düzenlenen bir kıymetli evrak, lehtara teslim edilmeden önce üçüncü kişinin de eline geçemeyecek şekilde zayı olursa, lehtarın iptal talebinde bulun-

¹⁵ Bir kıymetli evrakın okunmayacak hale gelmesi zayı olma hallerinden kabul edilmekle birlikte (Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.60; Kayıhan, s.83), Yargıtay'ın çamaşır makinesinde yıkandığı için tanınmaz hale gelen çekler bakımından zayı olmaya dayalı iptal davası açılmayacağına yönelik kararları mevcut ve doktrinde eleştirilmektedir. Örnek karar için Yargıtay 11.HD., 03.07.2014T., 2014/5623 E., 2014/12782 K.; bu karara yönelik eleştiri için Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, (Ülgen/Helvacı) s.58.

¹⁶ Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, Genişletilmiş 24. Bası, s.54.

¹⁷ Mehmet Bahtiyar, Kıymetli Evrak Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2018, Güncellenmiş 16. Bası, s.37.

¹⁸ Pulaşlı, s.91; Bahtiyar, 37.

ması anlamsız olacaktır.¹⁹ Fakat, senedin zamanaşımına uğramış olması, hakkın ortadan kalktığı anlamına gelmeyeceğinden, zamanaşımına uğramış bir kıymetli evrakın zayi olduğu bir senaryoda, iptal talebinde bulunulmasında herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır.²⁰

c) İptali talep edenin hak sahibi olması: TTK md. 651/2 hükmüne göre “*Kıymetli evrakın zayi olduğu veya ziyanın ortaya çıktığı anda senet üzerinde hak sahibi olan kişi, senedin iptaline karar verilmesini isteyebilir.*” Anılan bu hükme göre, iptal talebinde bulunabilmek için senedi ibraz edemeyen kişinin, senette hak sahibi olması şarttır.²¹ TTK md. 646/2 hükmü uyarınca da senette hak sahibi olarak kabul edilen kişi senedin niteliğine göre alacaklı olduğu anlaşılan kişidir.²² Burada sorulması gereken soru, kimler kıymetli evrakın iptali talebinde hak sahibi olarak kabul edilebilir? Senedin zilyetliğine sahip olmak, her zaman hak sahipliğini doğurmayabilir. İptal talebinde bulunma yetkisi sınırlı da olsa maddi hukuk bakımından senette hak sahibi olduğu anlaşılan kişiye tanınmıştır. Bu bakımdan senedin türüne göre alacaklı olduğu anlaşılan kişiler; rehin hakkı sahibi, intifa hakkı sahibi, tahsil cirosuyla senedi devralan veya senetteki alacaklının temsilcileri de iptal talebinde bulunabilirler.²³ Bu kişilere ek olarak, haklı sebepler ile senet zilyetliğinde bulunan kişilerin de iptal talebinde bulunması doktrinde tartışılmıştır.²⁴ Örneğin, nakliye işlemlerini gerçekleştiren bir kargo şirketinin, nakliye işlemleri sırasında zayi olan bir kıymetli evrak için de iptal talebinde bulunabileceği öngörülmüştür.²⁵

¹⁹ Öztan, s.56, Pulaşlı, s.92. Düzenleyenin elindeyken, üçüncü kişilerin eline geçebilecek şekilde zayi olan bir senette, düzenleyen de iptal talebinde bulunabilir. Detaylı bilgi için bkz. Bahtiyar, s.38.

²⁰ Bahtiyar, s.37; Pulaşlı, s.92; Öztan, s.56.

²¹ Bahtiyar, s.38; Fadıl Cerrahoğlu, “Kıymetli Evrakın Ziyayı ve İptali”, *İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, İstanbul 1973/1, s.190.

²² Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.60; çeklerde düzenleyenin de kıymetli evrakın iptali talebinde bulunabilmesi görüşü için bkz: Caner Gürühan, “Çekin Zayi Olması Sebebiyle Keşidecinin İptal Davası Açma Hakkına Sahip Olup Olmadığına Yönelik Bir Değerlendirme”, *BATİDER*, Ankara 2014, C. XXX, S.4, s.301-306; çeklerde düzenleyenin iptal talebinde bulunamayacağına yönelik görüş için: Yargıtay 11. HD., 06.05.2014T., 2014/1815E., 2014/8503K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t. 21.06.2021.

²³ Öztan, s.56-57; Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.61; Pulaşlı, s.93.

²⁴ Yargıtay 11. HD., 12.03.2018T., 2016/9400 E., 2018/1849 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t. 04.05.2021.

²⁵ Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.61.

d) Senet zilyetliğinin yeniden kazanılmasının mümkün olması: Yukarıda da ifade edildiği üzere, zayı olmuş bir kıymetli evrak için iptal müessesesinin düzenlenmesinin temel sebebi, artık ibraz edilemeyecek bir senette alacaklının hakkını senetsiz bir şekilde talep edebilmesidir. Bu bakımdan kıymetli evrakın zıyayı sebebiyle senedin ibraz edilemeyecek olması, geçici bir durum teşkil etmemelidir. Diğer bir ifadeyle, senedin kimde olduğu veya nerede olduğu biliniyor ve bu vesileyle senet zilyetliğinin yeniden kazanılması mümkün ise iptal talebinde bulunulamaz.²⁶ Senedin kimin elinde olduğu biliniyorsa, bu durumda istirdat davası açılması gerekecektir.²⁷ Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, senedin kiminde elinde olduğunun bilinmesi istirdat davasının açılmasını gerektirmekle birlikte, bu kişinin nerede olduğu bilinmiyorsa veya yurt dışına kaçmış ise, senedin ibrazı pratik bakımdan yine imkansız hale geldiğinden, bu gibi durumlarda da iptal talebi söz konusu olabilecektir.²⁸

e) Senedin kanunen iptaline izin verilen bir senet olması: Türk Ticaret Kanunu çerçevesindeki iptaline izin verilen senetler, kıymetli evrak niteliği haiz senetler için getirilmiş bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu minvalde, zayı olan bütün senetler bakımından TTK'da düzenlenmiş olan iptal müessesesi uygulama alanı bulmayacaktır.²⁹ Örneğin kooperatiflere ait ortaklık senetlerinin veya adi senetlerin zayı olması durumunda, bu senetlerin kıymetli evrak niteliği bulunmadığından dolayı, TTK hükümleri çerçevesinde bu senetlerin iptali istenemez.³⁰ Kıymetli evrak niteliği taşımayan senetlerin zayı olmasında Türk Borçlar Kanunu md. 105 hükmü uygulanacaktır. TBK md. 105'e göre: "*Alacaklı, borç senedini kaybettiğini iddia ederse, borçlunun istemi üzerine, borcu ödeme sırasında, kendisine borç senedinin iptalini ve borcun sona ermiş olduğunu gösteren resmen düzenlenmiş veya usulüne göre onaylanmış bir belge vermek zorundadır*". Adi senetler ve kıymetli evrak

²⁶ Pulaşlı, s.93; Bahtiyar, s.38; Öztan, s.57.

²⁷ Tamer Bozkurt, Kıymetli Evrak Hukuku, LEGEM Yayıncılık, Ankara 2020, s.139; Ernst Hirsch, Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (İstanbul Akgün Matbası), İstanbul 1946, 2. Bası, s.141; Bahtiyar, s.38; Pulaşlı, s.93.

²⁸ Öztan, s.57.

²⁹ Pulaşlı, s.93; Öztan, s.57.

³⁰ Yargıtay 11.HD. 02.07.2012, 2012/977E., 2012/11699K.; Bozer/Göle, s.47'den alınmıştır. Açık polişe/bono/çek içinde iptal davası açılabilir. Detaylı bilgi için bkz. Bozkurt, s.143; Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.56.

bakımından ortaya çıkan bu temel farkın nedeni, kıymetli evrakın en temel unsuru olan hak ve senet arasındaki sıkı ilişkiden kaynaklanmaktadır. Bir adi senedin içerdiği hak senetsiz bir şekilde talep edilebilecekken, kıymetli evrak niteliğindeki senetlerin içerdiği hak ancak senedin ibrazı ile talep edilebilecektir. Bu sebepten ötürü, kıymetli evrak için iptal müessesesinin, Türk Ticaret Kanunu'nda özel olarak düzenlendiği ileri sürülmektedir.³¹

Ayrıca, kıymetli evrak niteliği haiz olan bazı senetlerin düzenlenmesi, kambiyo senetleri gibi, ağırlaştırılmış şekli şartlara tabi kılınmış olabilir. Bu tür senetlerde zorunlu unsurların eksiklikleri senedin geçerliliğini etkileyeceğinden dolayı, bu nitelikteki zorunlu unsurları barındırmayan bu tür senetlerin de iptali istenemez.³² Boş çek yapraklarının zayi olması durumunda da, senet borçlunun imzasını taşımadığından, diğer bir ifadeyle kıymetli evrak niteliği henüz haiz olmadığından dolayı, iptal müessesesinden yararlanılamayacaktır.³³ Fakat karşılıksız bir çekin, kıymetli evrak niteliği devam ettiğinden dolayı, karşılıksız çeklerin zayi olması durumunda senedin iptali istenebilir.³⁴

2.2.2. Önleyici Önlemler ve İptal Prosedürleri

Senedin zayi olması, senedin üçüncü kişiler tarafından ele geçirilmesi ve senet borçlusuna ibraz edilmesi riskine neden olabilir. İşte bu gibi hallerde, zayi olan kıymetli evrakta hak sahibi olan kişinin, senet borçlusu tarafından senedi ibraz eden kişilere karşı yapacağı ödemeyi engelleyici tedbirler alması gerekmektedir. TTK md. 658/2, 662/1, 757/1 hükümleri kapsamında önleyici önlemler, zayi olduğu iddia edilen bir kıymetli evraka karşı alınacak bir iptal kararına kadar, senedin senet borçlusuna ibraz edildiği bir durumda, kıymetli evrakta alacaklı olduğu anlaşılan kişiye karşı ödemeyi engelleme amacı taşımaktadır.

³¹ Bozer/Göle, s.46-47.

³² Pulaşlı, s.93-94.

³³ Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.56; ayrıca bkz. Yargıtay 11.HD., 11.03.2019T., 2018/10E., 2019/1951K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t. 04.05.2021; Yargıtay 11.HD., 12.06.2014T., 2014/4100E., 2014/11296K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t. 04.05.2021.

³⁴ Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.56; ayrıca bkz. Yargıtay 11.HD., 06.06.2018T., 2016/11997E., 2018/4372K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t.04.05.2021.

Kırca'ya göre iptal kararı alınuncaya kadar getirilen bu ödemeye yasağı, HMK md. 389 çerçevesinde bir ihtiyati tedbir çeşidi olarak nitelendirilmektedir.³⁵ Fakat Erişir, çekişmesiz yargı işlerinde uygulanabilecek bu tür önlemlerin ihtiyati tedbir olarak nitelendirilmemesi gereğini vurgulamıştır.³⁶ Erişir'e göre tedbir bir hakkın icrasını güvence altına almayı amaçlarken, çekişmesiz yargıdaki bu tür geçici önlemler bir hukuki durumu ya da ilgilileri korumayı amaçlamaktadır. Ayrıca Erişir, HMK md. 389/2 hükmünün, çekişmesiz yargıdaki geçici önlemleri ihtiyati tedbir olarak öngörmediğinin altını çizmiştir.³⁷ Bu minvalde iptal kararı çerçevesinde talep edilebilecek bu ödeme yasağı, çekişmesiz yargıdaki geçici hukuki korumalar olarak kabul edilmektedir.

Kıymetli evrak zayı olduğu esnada hak sahibi olduğunu iddia eden kişi, TTK md. 757/1 kapsamında ödeme yeri veya hamilin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurarak ödeme yasağı talebinde bulunabilir. Ödeme yasağı talebiyle ilgili prosedürlerde senedin türü de önemli bir rol oynamaktadır. Hamiline yazılı bir senette ödeme yasağı talebinde bulunabilmek için öncelikli olarak iptal talebinde bulunulması gerekirken, emre yazılı senetlerde önleyici tedbir kararı alabilmek için iptal talebinde bulunma şartı yoktur.³⁸ Fakat ödeme yasağı kararı, iptal talebinde bulunulmadan alınmışsa, ödeme yasağı talebinde bulunan hamil, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde iptal kararı talebinde bulunmak zorundadır. Aksi takdirde ödeme yasağı otomatik olarak kalkar.³⁹ Önleyici tedbir kararının hukuki sonucu TTK md. 662/1 hükmünde kendisini göstermektedir. Anılan hükme göre senet borçlusu, ödeme yasağı kararına rağmen aksine hareket ederse, diğer bir ifadeyle senedi kendisine ibraz eden kişiye karşı ödemede bulunursa, borcundan kurtulamayacağı gibi yeniden ödeme yapma riskiyle karşı karşıya kalır.

İptal prosedürleri kıymetli evrakın türüne göre farklılık arz etmektedir. Hamiline yazılı kıymetli evrakta iptal prosedürü TTK md.

³⁵ Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.63.

³⁶ Evrim Erişir, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, On İki Levha, İstanbul 2013, s.334.

³⁷ Erişir, s.334.

³⁸ Bozkurt, s.144; Pulaşlı, s.99; Bozer/Göle, s.51; Öztan, s.61; ayrıca bkz. TTK md. 662/1: "Dilekçe sahibinin istemi üzerine..."

³⁹ HMK md.397/1 kapsamında bkz. Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.66.

661-668 hükümleri arasında; nama yazılı kıymetli evrakta TTK md. 657 ve md. 757 hükümlerinde; emre yazılı kıymetli evrakta ise TTK md. 831/2 hükmündeki yollama sebebiyle TTK md. 757-765 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Aşağıda, kıymetli evrakın türüne göre bu iptal prosedürleri ana hatlarıyla incelenecektir.

2.2.2.1. Hamiline ve Nama Yazılı Kıymetli Evrakın Zayi Olması Sebebiyle İptali

TTK md. 657/1'e göre "*Aksine özel hükümler bulunmadıkça nama yazılı senetler, hamile yazılı senetlere ilişkin hükümlere göre iptal olunur.*" İlgili hüküm uyarınca, hamiline yazılı senetlerin zayi olması durumunda iptaline ilişkin hükümler kıyas yoluyla nama yazılı senetler bakımından da uygulanacaktır. Bu sebeple, nama yazılı kıymetli evrakın ve hamiline yazılı kıymetli evrakın iptali birlikte incelenmiştir. Nama yazılı kıymetli evrakın iptali ile ilgili belirtilen "*aksine hükümler*" TTK md. 657/2 ve TTK md. 757 hükümleri olarak kendisini göstermektedir.⁴⁰ Bu minvalde, bu hükümlerin nama yazılı kıymetli evrakın iptali içinde uygulanacak olması sebebiyle öncelikli olarak hamiline yazılı kıymetli evrakın iptalini düzenleyen TTK md. 661-666 düzenlemeleri incelenecek, daha sonra nama yazılı kıymetli evrak bakımından yukarıda ifade edilen aksine hükümler incelenecektir.

Burada dikkat edilmesi gereken hususlardan bir tanesi hamiline yazılı kıymetli evrakın iptalini düzenleyen bu genel hükümlerin (TTK md. 661-666) bütün hamiline yazılı senetler bakımından uygulama alanı bulamayacağıdır. Örneğin, ipotekli borç senedi ve irat senedinin zıya halinde iptalinde, MK md. 925-926 hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁴¹ TTK md. 661 hükümleri çerçevesinde pay senetleri, tahviller, intifa senetleri, kupon varakaları gibi hamiline yazılı senetler ve TTK md. 657/1 hükmü yollamasıyla nama yazılı senetler bakımından hamiline yazılı kıymetli evrakın zayi olması durumunda iptalini düzenleyen hükümler uygulama alanı bulacaktır.⁴²

Bütün diğer türlerde olduğu gibi zayi olan bir hamiline yazılı kıymetli evrakın iptali için de, hak sahibi tarafından ilgili mahkeme-

⁴⁰ Poroy/Tekinalp, s.125-126.

⁴¹ Çamoğlu, s.20.

⁴² Poroy/Tekinalp, s.132.

ye başvuruda bulunulması zorunludur (TTK md. 661/1). TTK md. 661/2 hükmü uyarınca yetkili ve görevli mahkeme, borçlunun yerleşim yeri veya pay senetleri bakımından şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesidir. İptal talebi, senet zayı olduğunda hak sahibi olan kişi tarafından istenmeli ve TTK md. 663/1 hükmü uyarınca da hak sahibinin iddiaları mahkeme nezdinde inandırıcı bulunmalıdır. İddianın ispatlanması konusunda hâkim, hamiline yazılı kıymetli evrakın yapısı itibariyle emre yazılı kıymetli evraka nazaran daha yumuşak bir beklenti içerisinde olacaktır.⁴³ Fakat inandırıcılığın kuvvetlendirilmesi adına zayı olan senedin bir kopyasının olması ya da fotoğrafının sunulması, iddianın ispatlanması adına önemli bir rol oynayacaktır. Bu tarz ispat araçlarının olmadığı bir durumda da senet metninin içeriği ile ilgili doğru bilgiler verilmesi ve bu bilgilerin düzenleyen tarafından teyidi gibi ispat⁴⁴ yöntemlerine de başvurulabilir.

İddialar inandırıcı bulunursa, zayı olan senedin üçüncü kişiler tarafından ibrazının mümkün olduğu durumlarda, talep üzerine öncelikli olarak ödeme yasağı getirilmesi, iptal kararı alınuncaya kadar borçlunun kendisine ibraz edilen kıymetli evraka yönelik ödeme yapmasını durduracaktır. Aksi takdirde TTK md. 662/1 hükmü uyarınca senet borçlusunun yeniden ödeme yapması gündeme gelecektir. Daha sonra inandırıcı bulunan iddialar neticesinde iptal kararı verilebilmesi için kıymetli evrak türüne göre ibraz süreleri tanınır ve senedin ibraz edilip edilmeme durumuna göre hareket edilir.

TTK md. 663 hükmü uyarınca ibraz süresi en az altı ay olmak zorundadır ve TTK md. 664/1 hükmü uyarınca da ibraz ile ilgili ilanlar Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde (TTSG) üç defa yapılır. Bu altı aylık süre ilk ilan tarihinden itibaren başlar. İlanlar arasındaki süreyi hâkim takdir eder⁴⁵ ve gerekli görürse TTK md. 664/2 hükmü uyarınca bu ilanların TTSG yanında uygun göreceği diğer şekillerde de yapılmasına karar verebilir. Bu ilanların amacı, ibrazı hala mümkün olan kıymetli evrakın, diğer bir ifadeyle fiziki varlığını korumak suretiyle zayı olmuş kıymetli evrakın, belirlenen süreler içerisinde, zayı olan senedin

⁴³ Bozkurt, s.146.

⁴⁴ Çekişmesiz yargıda kural olarak sıkı ispat geçerli değildir. Yaklaşık ispat iddianın ispatlanması için yeterlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aslı Aras, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, Yetkin, Ankara 2017, s.155-157.

⁴⁵ Çamoğlu, s.22.

ayırt edici niteliklerinin gösterildiği ilanlar ile, ilgili mahkemeye ibraz edilmesini sağlamaktır.⁴⁶ Bu ilanlar neticesinde iki temel sonuçtan birisi elde edilir; a) Senetler belirlenen ibraz süresi içerisinde mahkemeye iade edilir; b) Senet süresi içerisinde hiçbir şekilde ibraz edilmez. Bu iki durumun hukuki sonucu birbirinden farklı biçimde şekillenmektedir.

Eğer zayi olması sebebiyle iptal talebinde bulunulmuş olan kıymetli evrak, mahkeme tarafından belirlenmiş ibraz süresi içerisinde ilgili mahkemeye iade edilirse, mahkeme tarafından artık senedin iptaline karar verilemez. Zayi olduğu iddia edilen kıymetli evrakın, artık kimin elinde olduğu bilindiğinden dolayı, iptal kararı vermek yerine istirdat davası⁴⁷ (geri alım davası) üzerinden davanın sonuçlanması gerekmektedir. Bu minvalde mahkeme talep sahibine, senedin kendisinde olduğunu bildiren ve senedi ibraz süresi içerisinde mahkemeye iade eden kişiye karşı istirdat davası açmak için belirli bir süre verir. Belirlenen süre içerisinde istirdat davası açılırsa, talep sahibinin gerçek hak sahibi olduğunun anlaşılması üzerine senet talep sahibine iade edilir. Eğer hâkimin belirlediği süre içerisinde talep sahibi tarafından istirdat davası açılmaz ise, mahkeme senet üzerindeki ödeme yasağını kaldırır ve senedi süresi içerisinde mahkemeye ibraz eden kişiye geri iade eder.⁴⁸

TTK md. 666 hükmü kapsamında eğer zayi olması sebebiyle iptal talebinde bulunulmuş olan kıymetli evrak, mahkeme tarafından belirlenmiş ibraz süresi içerisinde ilgili mahkemeye iade edilmez ise; mahkeme tarafından kıymetli evrakın iptaline karar verilir veya gerekli görülürse başka önlemler de alınabilir (TTK md. 666/1). İptal kararı TTSG ve gerekli görülürse başkaca araçlar ile ilan edilir (TTK md. 666/2). Karar neticesinde talep sahibi, vadesi gelmiş kıymetli evrak üzerindeki hakkını senetsiz olarak talep edebileceği gibi⁴⁹, bütün mas-

⁴⁶ Kayıhan, s.87; Çamoğlu, s.22.

⁴⁷ İstirdat davası ile ilgili olarak TTK md. 792 ve TTK md. 686/2 hükümleri de göz önüne alınmalıdır. İlgili hükümlere göre kambiyo senetlerinde iade davası açılabilmesi için senedi iktisap etmiş olan üçüncü kişinin kötü niyetli olması veya iktisapta ağır kusurunun bulunması gerekir. Bu sebeple senedi iktisap etmiş olan kişi iyi niyetliyse veya kötü niyetli olduğu ispatlanamıyorsa o kişiye karşı iade davası açılmaz. Ayrıntılı bilgi için Gürühan, s.292.

⁴⁸ Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.68; Kayıhan, s.87-88; Çamoğlu, s.22; Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, (Helvacı) s.85.

⁴⁹ TTK md. 761/3 hükmü kapsamında "Kambiyo senetleri hakkında vadeleri gelmeden iptal kararı verilemez." Ayrıca bkzn. Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.69.

raflar kendisine ait olmak üzere senedin yeniden düzenlenip kendisine verilmesini borçludan isteyebilir (TTK md. 666/3).

HMK md. 382/2-e-6 hükmüne göre kıymetli evrakın zayı olması sebebiyle iptali, çekişmesiz yargıya giren işlerden birisi olarak sayılmıştır. İptal talebinde taraflar arasında bir uyuşmazlık olmadığından, talep sahibinin bir hasmı bulunmamaktadır. Fakat, senedin ibrazı için yapılan ilanlar çerçevesinde, zayı olduğu iddia edilen kıymetli evrak süresi içerisinde mahkemeye tevdi edilirse, açılması gereken istirdat davası çerçevesinde davanın bir karşı tarafı olacağından, çekişmesiz yargıdan çekişmeli yargıya geçilmiş olacaktır.⁵⁰

Hamiline yazılı kıymetli evrakın iptal prosedürleri TTK md. 657/1 hükmü çerçevesinde aksine hükümler bulunmadığı müddetçe nama yazılı kıymetli evrak için de uygulanacaktır. Nama yazılı kıymetli evrakın iptalindeki bu aksine hükümler TTK md. 657/2 ve TTK md. 757 olarak kendisini göstermektedir. TTK md. 657/2 çerçevesinde nama yazılı kıymetli evrakın iptal prosedüründe, basitleştirme imkânı tanındığı söylenebilir. İlgili bu hüküm çerçevesinde borçlu iptal prosedüründe senetlerin ibrazı için yapılacak ilan sayılarını azaltabileceği gibi ibraz sürelerini kısaltma yetkisi de bulunmaktadır. Ayrıca, *“alacaklı kendisine senedin iptal ve borcun ödendiğini gösteren, resmen düzenlenmiş veya usulen onaylanmış bir belge verdiği takdirde, senet ibraz edilmeksizin ve iptaline karar verilmeksizin de geçerli olmak üzere ödemek hakkını da saklı tutabilir.”* Bu bakımdan nama yazılı kıymetli evrakın iptal sürecinde, ilan

⁵⁰ Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.58. Bu konuda doktrindeki önemli tartışmalardan bir tanesi; çekişmesiz yargının çekişmeli yargıya mı dönüştüğü, yoksa çekişmesiz yargının sona erip, yeni bir yargılama usulünün mü başladığı şeklinde kendisini göstermektedir. Aras'a göre: *“...kıymetli evrakın iptali bir çekişmesiz yargı işidir. İptali istenilen senedin getirilmesi için yapılan ilan üzerine, elinde bulunduran senedi mahkemeye ibraz ederse, hâkim istirdat davası açması için dilekçe sahibine süre verir. Bu süre içerisinde dava açılırsa çekişmesiz yargı işi çekişmeli yargıya dönüşmüş olur.”* (Aras, s.139); Budak'a göre çekişmesiz yargılama usulünün çekişmeli yargıya dönüşebilmesi için dava konusunun değiştirilmesinin tam ıslah yoluyla sağlanması ve böylece çekişmeli yargı işine dönüştürülmesi gerekmektedir. Budak, *“Yargıtay 11.HD.’nin bir kararında, kıymetli evrakın iptal talebinin ıslah yoluyla istirdat davasına dönüşebileceğini”* ifade ettiğini belirtmiştir (Ali Cem Budak, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Korunması, Beta Yayınları, Ankara 2000, s.151-152, dpnt:124). *“Bir işin çekişmesiz yargı işinden çekişmeli yargıya dönüşmesi, aynı mahkemede, çekişmesiz yargı işi görülmeye devam ederken söz konusu olabilir.”* görüşü için bkz: Murat Uyumaz, *“Noterlerin Çekişmesiz Yargı İşleri”*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Konya 2021, s.238.

sayıları azaltılabilir, ibraz süreleri kısaltılabilir ve hatta gerekli şartların varlığı halinde iptal talebinde bulunulmaksızın senetsiz bir şekilde ödeme yapılabilir. TTK md. 757-778-818/1-s hükümleri çerçevesinde kambiyo senetlerinin iptal usulünde düzenlenme şekli göz önünde bulunmaksızın emre yazılı kıymetli evrak iptal prosedürleri uygulanacaktır.⁵¹ O yüzden nama yazılı kambiyo senetleri emre yazılı kıymetli evrakın iptal usulüne tabi tutulacaktır.

2.2.2.2. Emre Yazılı Kıymetli Evrakın Zayi Olması Sebebiyle İptali

Kıymetli evrakın zayi olması sebebiyle talep edilecek iptal kararıyla ilgili en geniş düzenlemeler emre yazılı senetlere getirilmiş olmak ile birlikte, emre yazılı kıymetli evrakın iptaliyle alakalı TTK'da genel hükümler bulunmamaktadır.⁵² Genel hükümler yerine, TTK md. 831/2 hükmündeki yollama ile, makbuz senedi ve varant⁵³ dışındaki senetler bakımından poliçenin iptaline ilişkin TTK md. 757-765 hükümlerinin emre yazılı kıymetli evrakın iptalinde uygulanacağı karara bağlanmıştır. Kambiyo senetleri bakımından da yukarıda ifade edildiği üzere, TTK md. 757-778-818/1-s hükümleri çerçevesinde iptal usulünde düzenlenme şekli göz önünde bulunulmaksızın emre yazılı kıymetli evrak iptal prosedürleri uygulanacaktır.

Poliçenin iptaline yönelik ilgili hükümler (TTK md. 757-765) göz önüne alındığında, emre yazılı kıymetli evrakın iptal prosedürü ile hamiline yazılı kıymetli evrakın iptal prosedürü arasında çok büyük farklar olmadığı göze çarpmaktadır. Bu kıymetli evrak türlerinin iptal prosedüründeki temel farklar, genel olarak süreler ve ufak formaliteler bakımından kendisini göstermektedir.⁵⁴

Emre yazılı kıymetli evrakın zayi olduğu bir durumda, senedin fiziki varlığı hala mevcut ise, senedin yetkili hamili öncelikli olarak ödeme yasağı kararı aldırılmalıdır. Fakat hamiline yazılı kıymetli evraktan farklı olarak, emre yazılı kıymetli evrakta ödeme yasağı talebin-

⁵¹ Çamoğlu, s.23.

⁵² Öztan, s.60-61.

⁵³ Makbuz senedi ve varantın iptali özel düzenlemeye tabi kılınmış ve TTK md. 849/1 çerçevesinde hüküm altına alınmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Poroy/Teकिनalp, s.127; Çamoğlu, s.23.

⁵⁴ Çamoğlu, s.23.

de bulunulması için öncelikli olarak iptal talebinde bulunulması şartı yoktur. Hamil iptal kararı talebinde bulunmadan önce de önleyici önlemler kapsamında ödeme yasağı kararı aldırma hakkına sahiptir.⁵⁵ Bir diğer fark, iptal talebinin yapılacağı yetkili mahkeme bakımından kendisini göstermektedir. TTK md. 661/2 hükmü kapsamında hamiline yazılı kıymetli evrakın iptalinde yetkili ve görevli mahkeme, borçlunun yerleşim yeri veya pay senetlerinin iptali hakkında anonim şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesidir. Emre yazılı kıymetli evrakın iptalinde ise yetkili ve görevli mahkeme, TTK md. 757/1 hükmü kapsamında ödeme yeri veya hamilin yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesidir.⁵⁶

İptal talebinde, talepte bulunan kişi senedin kendi elinde bulunduğu sırada zayı olduğunu, inandırıcı deliller ile ispat etmekle mükelleftir. Bu minvalde senedin bir örneğini ibraz edebileceği gibi, böyle bir imkânı yoksa içeriği ile ilgili bilgi vermek suretiyle hakimi ikna etmesi gerekmektedir (TTK md. 759/2).⁵⁷ Yine dilekçe sahibinin iddiaları kuvvetle muhtemel görünürse iptal kararı verilebilmesi için ibraz süreleri tanınır ve senedin ibraz edilip edilmeme durumuna göre hareket edilir.

TTK md. 761/1 hükmü kapsamında emre yazılı kıymetli evrakta senedi getirme süresi en az üç ay ve en çok da bir yıl olarak belirlenebilir. TTK md. 762/1-2 hükmü çerçevesinde ibraz ile ilgili ilanlar Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde (TTSG) üç defa yapılır ve özellik gösteren durumlarda Mahkeme başka ilan önlemlerinden de yararlanabilir. Bu ilanlar neticesinde de iki temel sonuçtan birisi elde edilir; a) Senetler belirlenen ibraz süresi içerisinde mahkemeye iade edilir; b) Senet süresi içerisinde hiçbir şekilde ibraz edilmez. Bu iki durumun hukuki sonucu da yine birbirinden farklı biçimde şekillenmektedir.

TTK md. 763/1 hükmüne göre eğer zayı olması sebebiyle iptal talebinde bulunulmuş olan kıymetli evrak, mahkeme tarafından belirlenmiş ibraz süresi içerisinde ilgili mahkemeye iade edilirse, mahkeme

⁵⁵ Bozkurt, s.144; Pulaşlı, s.99; Bozer/Göle, s.51; Öztan, s.61; Kayıhan, 89.

⁵⁶ Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu-Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, 3.Tıpkı Bası, s.510; Kayıhan, s.89.

⁵⁷ Kayıhan, s.89; Yargıtay 11.HD., 09.04.2014T., 2013/18310E., 2014/6484K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t.15.05.2021; Çekişmesiz yargıda deliller ile ilgili bknz. dpnt:46.

talep sahibine, senedin kendisinde olduğunu bildiren ve senedi ibraz süresi içerisinde mahkemeye iade eden kişiye karşı istirdat davası açmak için belirli bir süre verir. Belirlenen süre içerisinde istirdat davası açılırsa, talep sahibinin gerçek hak sahibi olduğu anlaşılması üzerine senet talep sahibine iade edilir. Eğer hâkimin belirlediği süre içerisinde talep sahibi tarafından istirdat davası açılmaz ise, mahkeme senet üzerindeki ödeme yasağını kaldırır ve senedi süresi içerisinde mahkemeye ibraz eden kişiye geri iade eder.⁵⁸ Bu ibraz sürelerinin başlama anı göz önüne alındığında, vadeden önce emre yazılı senetlerin iptalinin istenip istenemeyeceği hususunun da tartışılması yerinde olacaktır. TTK md.761/3 hükmü uyarınca süre vadesi gelmiş poliçe ve bonolar ile ibraz süresi gelmiş çekler bakımından ilk ilan gününden itibaren; vadesi gelmemiş poliçe ve bonolarda vade tarihinden, ibraz tarihi gelmemiş çeklerde ise ibraz tarihinden itibaren başlayacaktır. Bu bakımdan poliçe ve bonoda vadeden önce, çekte de ibraz tarihinden önce senetlerin iptali istenemez.⁵⁹ Eğer senet ibraz süreleri içerisinde iade edilmez ise, TTK md. 764/1 hükmü kapsamında senedin iptaline karar verilir. İptal kararının hukuki etkileri, özellikle iptal kararı isteminde bulunan kişinin senet borçlusundan yeni bir senet düzenleme hakkı olup olmadığı aşağıda tartışılacaktır.⁶⁰

3. İptal Kararının Senetteki İlgili Tarafra Etkisi

İptal kararı maddi hukuk bakımından iptal isteminde bulunan kişinin hak sahibi olduğunu göstermediği gibi hakkın kendisine ve defilere bir etkisi de bulunmamaktadır.⁶¹ Bundan dolayı iptal kararından sonra hak sahibi olduğunu iddia eden kişiler de iptal kararının iptali için dava açma hakkına sahiptirler.⁶² İptal kararının senetteki hak üzerinde bir etkisi yoktur. Yukarıda da ifade edildiği üzere iptal müessesesi, zayı olan bir senetteki hakkın da zayı olması gibi senet hamili bakımından adaletsiz bir durumun ortaya çıkmasını engelleyen bir başvuru yöntemidir. Bu minvalde senet ve hak arasındaki sıkı ilişkinin

⁵⁸ Bozkurt, s.144-145; Kayıhan, s.90; Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.68.

⁵⁹ Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.67.

⁶⁰ Bknz. 3.1. İptal Kararının, İstemde Bulunan ile Senet Borçlusu Arasındaki İlişkiye Etkisi.

⁶¹ Bozkurt, s.149.

⁶² Yargıtay 11.HD., 12.06.2017T., 2016/1132E., 2017/3639K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t.15.05.2021.

bir istisnasını oluşturmaktadır. İptal kararının hukuki sonucu doktrinde olumlu etki ve olumsuz etki olmak üzere ikili bir sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır.⁶³

TTK 652/1 hükmü uyarınca iptal kararı, hak sahibinin bu hakkını senetsiz bir şekilde ileri sürmesine imkân tanımaktadır. Dolayısıyla iptal kararı, zayı olmuş olan bir kıymetli evrakta teşhis vazifesi görmektedir. İptal isteminde bulunan, iptal kararını ibraz etmek suretiyle alacağını talep etme hakkı kazanırken, borçlu da iptal isteminde bulunana karşı iyi niyetli yapacağı ödeme ile borcundan kurtulmaktadır. Bu sonuç, iptal kararının *olumlu etkisi* olarak kabul edilmektedir.⁶⁴

İptal kararının bir diğer etkisi ise fiziki varlığını koruyan senetteki teşhis fonksiyonunun ortadan kalkması olarak karşımıza çıkmasıdır. Kıymetli evrakın teşhis fonksiyonunu yitirmesi, iptal kararı alınmış olan bir senedi elinde bulunduran kişinin, senetteki hak sahibi olan kişi olarak gözükmeyeceğine rağmen senet bedelini borçludan talep edemeyeceği olarak kabul edilmektedir. Zaten iptal kararı öncesi alınan önleyici tedbirlerin amacı da senedi ibraz edebilecek kişilere borçlunun ödeme yapmasını engellemektir. Bu durumda iptal kararının *olumsuz etkisi* olarak ifade edilmektedir.⁶⁵ Aşağıda iptal kararının bu etkilerinin, senet ile ilgisi bulunan taraflar bakımından yansımaları ayrıntılı bir şekilde analiz edilecektir.

3.1. İptal Kararının, İstemde Bulunan ile Senet Borçlusu Arasındaki İlişkiye Etkisi

İptal kararı neticesinde iptal istemde bulunan TTK md. 652/1 hükmü kapsamında hakkını senetsiz ileri sürebileceği gibi, masrafları kendisine ait olmak üzere yeni bir senet düzenlemesini isteme hakkına da sahiptir. Burada tartışılması gereken önemli hususlardan bir tanesi istemde bulunanın yeni bir senet düzenleme hakkı olup olmadığının analiz edilmesidir. İptal isteminde bulunana yeni bir senet düzenleme

⁶³ Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.69-70; Öztan, s.57; Bozkurt, s.148; Pulaşlı, s.113; Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, (Ülgen/Helvacı) s.59-60; Erhan Günay, "Yargıtay Kararları Eşliğinde Soru/Yanıtlı Çek Zayii Nedeniyle İfade ve İptal Davaları", *Terazi Hukuk Dergisi* 2015, Cilt/Volume: 10, Ş.111, s.93-94.

⁶⁴ Öztan, s.57; Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.69-70.

⁶⁵ Poroy/Tekinalp, s.122-123; Bozkurt, s.148; Pulaşlı, s.113; Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, (Ülgen/Helvacı) s.59-60.

yetkisinin verilmesi doktrinde çeşitli tartışmaların ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Örneğin Pulaşlı, iptal kararı sonrasında, sadece tek borçlusu olan ve kanunen emre yazılı sayılan pay senetleri bakımından yeni bir senet düzenlenebileceğini, bunun haricindeki diğer senetler bakımından iptal isteminde bulunanın yeni bir senet düzenlenme talep hakkının olmadığını iddia etmiştir.⁶⁶

Öztürk (Dirikkan) ise, masrafları iptal isteminde bulunana ait olmak üzere sadece vadesi gelmemiş senetler bakımından yeni bir senet düzenlenmesinin talep edilebileceğini; vadesi gelmiş alacaklar için ise yeni bir senet düzenlenmesinin iptal isteminde bulunana herhangi bir menfaat sağlamayacağını ileri sürmüştür.⁶⁷

Ülgen, TTK md. 764/2 özel hükmü gereğince TTK md. 652/1 genel hükmünün uygulama alanı bulamayacağını; bu bakımdan poliçelerde iptal kararı neticesinde iptal isteminde bulunanın yeni bir senet düzenleme hakkının olmadığını; fakat TTK md. 818/1-s hükmünün TTK md. 764/2 hükmünü hariç tutması sebebiyle çekler için TTK md. 652/1 genel hükümlere gidilerek, senedin yeniden düzenlenmesinin talebinin mümkün olduğunu savunmuştur.⁶⁸

Kayar, emre yazılı senetlerin iptalinde hakkın sadece senetsiz bir şekilde ileri sürülebileceğini, iptal kararı neticesinde senedin yeniden düzenlenmesinin talep edilemeyeceğini kabul etmiştir.⁶⁹

Poroy ve Tekinalp ise iptal kararıyla iptal isteminde bulunanın eski senedin yerini tutmayan fakat onun yerine geçen yeni bir senet düzenlenmesini talep hakkı olduğunu belirtmiştir.⁷⁰

Netice itibarıyla TTK md. 652/1 genel hükmü göz önüne alındığında, iptal isteminde bulunanın⁷¹ iptal kararıyla birlikte bütün masraflar

⁶⁶ Pulaşlı, s.113.

⁶⁷ Hanife Öztürk Dirikkan, Kıymetli Evrakın Zıyaı ve İptali, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1990, s.88.

⁶⁸ Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, (Helvacı) s.81.

⁶⁹ İsmail Kayar, Kıymetli Evrak Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, 7. Bası, s.51.

⁷⁰ Poroy/Tekinalp, s.121.

⁷¹ İptal isteminde bulunan, rehin cirosuyla senedi devralan, senette intifa hakkı sahibi olan veya tahsil cirosuyla senedi devralan bir kişi de olabilir. Detaylı bilgi için bkz. Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.61.

kendisine ait olmak üzere senedin yeniden düzenlenmesini talep hakkı olduğu iddia edilebilir. Bu sonucun temel gerekçesi, özellikle senet borçlusu iptal kararına rağmen ödemede bulunmadığı bir senaryoda kendisini gösterecektir. Bir diğer ifadeyle, iptal kararına rağmen ödemede bulunmayan senet borçlusuna karşı kambiyo senetlerine özgü takip yapılabileceği sorunu, neden iptal isteminde bulunanın ayrıca senedin yeniden düzenlenmesini talep hakkı olması gerektiği hususunda bize birtakım ipuçları verecektir.

Bir görüşe göre iptal kararıyla kambiyo senetlerine özgü takip yapılamayacağı kabul edilmektedir.⁷² İptal kararının kıymetli evrak niteliğinde bir belge olmadığı açıktır. Zaten İcra İflas Kanunu md. 167 çerçevesinde kambiyo senetlerine özgü takip yapılabilmesi için de kambiyo senedinin aslının ve borçlu adedi kadar tasdikli örneğinin eklenmesi gereği düzenlenmiştir. Fakat TTK md. 652/1 hükmü çerçevesinde iptal isteminde bulunanın senedin yeniden düzenlenmesini talep hakkı vardır. Bu minvalde iptal isteminde bulunan zayı olan bir kambiyo senedi için senedin yeniden düzenlenmesini talep eder ve asıl borçluya bu yeni senet ile başvurursa, borcun ödenmediği bir durumda kambiyo senetlerine özgü takipten yararlanabilmesi gerekir.⁷³ Nitekim İcra İflas Kanunu md. 167'de iptal kararıyla yeniden düzenlenen kambiyo senetleri bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Bu bakımdan senedin yeniden düzenlenmesini talep hakkının, Öztürk'ün (Dirikkan)⁷⁴ görüşünün aksine, iptal isteminde bulunana birtakım avantajlar sağlayacağı söylenebilir.

Diğer taraftan iptal kararının önemli etkilerinden bir tanesi senedin mevcut durumunda maddi hukuk bakımından herhangi bir değişiklik meydana getirmemesidir. Bu bakımdan borçlu⁷⁵ da iptal isteminin

⁷² Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.72; Poroy/Tekinalp, s.125; Pulaşlı, s.105.

⁷³ Benzer görüş için bkz. Bozkurt, s.149.

⁷⁴ Öztürk'e göre vadesi gelmiş alacaklar için yeni bir senet düzenlenmesi karar hâmile her hangi bir menfaat sağlamaz. Bknz. Öztürk (Dirikkan), s.88.

⁷⁵ Senet borçlusu TTK md. 764/2 hükmü çerçevesinde poliçede kabul eden muhatap, bono da ise düzenleyen olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan iptal kararı neticesinde iptal isteminde bulunan sadece bu kişilere ve varsa sadece bunların avalistlerine başvurabileceğini kabul eden görüşler vardır. Ör. Pulaşlı, s.107; Öztan, s.58-59; Yargıtay 11.HD., 22.01.1985T., 1984/5809E., 1985/52K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t. 20.05.2021. Detaylı bilgi için aşağıda bkz. 3.2. İptal Kararının, İptal İsteminde Bulunan ile Müracaat Borçluları Arasındaki İlişkiye Etkisi.

de bulunana karşı birtakım defiler ileri sürme hakkına sahip olacaktır. İlk olarak senedin borçlusunu TTK md. 687 hükmü kapsamında karar hamiline karşı sahip olduğu kişisel defileri ileri sürebilir. Bu bakımdan senet zayıf olmadan önce sahip olduğu tüm kişisel defileri, iptal kararı sonrası da ileri sürme hakkına sahip olacaktır.⁷⁶ Bunlara ek olarak senet borçlusunu iptal isteminde bulunanın alacaklılık sıfatına yönelik itirazlarda bulunabilir. Örneğin, iptal isteminde bulunanın senedi çaldığı, senette tahrifat yaptığı, senette malik sıfatını hiç kazanmadığı gibi iddialarda bulunabilir. İptal kararı aldırarak kişi hak sahibi olduğu hususunda mahkemeyi ikna ettiğinden, bu itirazlarda bulunan senet borçlusunun iddialarını ispatlaması gerekmektedir.⁷⁷

3.2. İptal Kararının, İptal İsteminde Bulunan ile Başvuru Borçluları Arasındaki İlişkiye Etkisi

İptal kararı aldırarak kişinin senetteki hakkını ileri sürebileceği senet borçlularının kimler olabileceğinin belirlenmesi, tartışılması gereken önemli sorunlardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. İptal kararıyla başvuru borçlularına başvurma, doktrindeki fikir birliği olmayan konulardan bir tanesidir ve poliçe/bono ve çek arasında da bir ayırımı gittiği söylenebilir.

Örneğin Poroy/Tekinalp, TTK md. 764/2 hükmü kapsamı çerçevesinde poliçede kabul eden muhatap, bonoda düzenleyen haricindeki kişilere karşı müracaat hakkının kullanılamayacağı kabulü gerektiğini ifade etmiş; fakat TTK md. 818/1-s hükmüne poliçeye ilişkin TTK md. 764/2 dahil edilmediği için, çekte iptal kararı ile müracaat hakkının kullanılabileceğinin altını çizmiştir.⁷⁸

Öztaş, aynı şekilde iptal kararının sadece bonoda düzenleyene ve poliçede kabul eden muhataba karşı ileri sürülebileceğini, diğer bir ifadeyle sadece asıl borçluya karşı ileri sürülebileceğini ifade etmiştir.⁷⁹

⁷⁶ Öztürk (Dirikkan), s.85; Tahsil cirosu ve rehin cirosu ile senedi devralan hamile karşı ileri sürülebilecek defiler bakımından Kendigelen/Kırca, (Kendigelen) s.220-226.

⁷⁷ Gönen Eriş, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Kıymetli Evrak: Poliçe-Bono-Çek-Makbuz Senedi-Varant, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, 2. Bası, s.201; Günay, s.94; Ayrıca bkz., Yargıtay 11.HD. 07.06.1977T., 1977/29328E., 1977/2958K.

⁷⁸ Poroy/Tekinalp, s.125.

⁷⁹ Öztaş, s.58.

Öztürk müracaat hakkının ancak, vadesinde ibraz edilmiş ve ödeme protestosu çekilmiş müracaat aşamasında zayı olan bir senet için alınan iptal kararında kullanılabileceğini belirtmiştir.⁸⁰

Ülgen ve Helvacı iptal kararıyla sadece esas borçluya başvuru yapılabileceğini, esas borçlular haricinde başvuru borçlularına karşı müracaat olanağının olmadığını ileri sürmektedir.⁸¹ Bozer ve Göle'de TTK md. 764/2 hükmünü göz önünde bulundurarak, iptal kararıyla karar hamilinin senet bedelini lehtar, cirantalar ve bunların avalistlerinden talep edemeyeceği sonucuna varılabileceğini işaret etmişlerdir.⁸²

Diğer taraftan Pulaşlı, iptal kararıyla asıl senet borçlularına başvuru yapmanın gerekli olduğunu kabul etmekle birlikte, iki durumda müracaat hakkının da kullanılabilceğini ifade etmiştir. İlk olarak TTK md. 743 hükmü uyarınca poliçenin başka nüshaları hazırlanmış ve bütün borçluların imzaları bu nüshalarda da alınmış ise iptal kararıyla karar hamilinin müracaat borçlularına ve bunların avalistlerine karşı başvuruda bulunabileceğini; ikinci olarak da düzenleyeni protesto ettirmiş olan hamilin, iptal kararıyla müracaat hakkını kullanabileceğini belirtmiştir.⁸³

Poroy/Tekinalp yukarıda ifade edildiği üzere iptal kararıyla müracaat hakkının kullanılmayacağını kabul etmekle birlikte, karşıt görüşte olanların gerekçelerini üç temel unsorda sınıflandırmıştır. Poroy/Tekinalp'e göre karşıt görüşte olanlar iptal kararıyla da müracaat hakkının kullanılabilceğini; a) TTK md. 652/1'de iptal kararıyla senetteki hakkın talep edilebileceği borçlar bakımından bir ayırım yapılmadığından ötürü TTK md. 764/2 hükmü dar yorumlanmamalıdır; b) Çekte TTK md. 818/1-s hükmü çerçevesinde TTK md. 764/2 hükmü dahil edilmediğinden çekte iptal kararıyla müracaat hakkının kullanılabilceğine yönelik bir kanaat oluşmaktadır; c) İcra İflas Kanunu md. 167 hükmü kapsamında tüm kambiyo borçlularının takip edilebileceği öngörülmüştür, gerekçeleriyle açıklamaktadırlar.⁸⁴

⁸⁰ Öztürk (Dirikkan), s.93.

⁸¹ Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, (Ülgen/Helvacı) s.59-60; Benzer görüş için bkz. Hayri Domaniç, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması-TTK Şerhi IV, Temel Yayınları, İstanbul 1990, s.46.

⁸² Bozer/Göle, s.58-59.

⁸³ Pulaşlı, s.105-106.

⁸⁴ Poroy/Tekinalp, s.131-132, 24 numaralı dipnot.

Kırca iptalin amacını hak sahibinin şeklen de olsa hakkının korunması olarak kabul etmiştir. Bu bakımdan TTK md. 764/2 hükmünün dar yorumlanmaması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca TTK md. 652/1 hükmü kapsamında hakkın talep edileceği borçlular bakımından kanun koyucunun bir ayırım yapmadığını da belirtmiştir. Bu bakımdan Kırca, iptal kararıyla müracaat hakkının kullanılmayacağı fikrine katılmamaktadır. Fakat kambiyo senetlerinde iptal kararının bono ve poliçede vadeden önce, çekte ise ibraz tarihinden önce alınmaması sebebiyle, müracaat hakkı için aranan maddi şartlar, örneğin ödememe protestosu, süresinde çekilemeyeceğinden dolayı uygulamada iptal kararıyla müracaat hakkının kullanılmasının pratik olarak mümkün olmayacağını iddia etmektedir.⁸⁵

Sonuç olarak, iptal kararının temel amacı, senetteki hakkın senetsiz bir şekilde ileri sürülebilmesi hakkı olduğu göz önüne alındığında iptal kararıyla müracaat hakkının da kullanılabilmesi kanaatine ulaşılmaktadır. Özellikle TTK md. 652/1 düzenlemesi çerçevesinde kanun koyucu tarafından borçlular arasında bir ayırım yapılmamış olması bu görüşü desteklemektedir. Fakat, iptal kararıyla müracaat hakkının kullanılmasında senedin zayi olduğu an önem taşımaktadır. Müracaat hakkının kullanılmasının en temel şartlarından bir tanesi durum tespiti yapılmasıdır. Diğer bir ifadeyle süresi içerisinde ibraz edilen bir kambiyo senedi, asli borçlular tarafından ödenmez ise senedin yetkili hamili süresi içerisinde çekeceği ödememe protestoları çerçevesinde müracaat hakkını kullanabilir. Bu minvalde iptal kararı, müracaat hakkının kullanılabilmesi için tek başına yeterli değildir. TTK md. 714/3 hükmü kapsamında bono ve poliçeler için ödememe protestosu ödeme gününü izleyen iki iş günü içerisinde çekilmesi zorunlu iken; TTK md. 809/1-2 hükmü kapsamında çekler için ibraz süresi geçmeden veya ibraz süresinin son günü çek ibraz edilirse izleyen ilk iş günü protestonun çekilmesi zorunludur.

Bu süreler kambiyo senetlerinde alınacak iptal kararı bakımından önem arz etmektedir. Şöyle ki; kambiyo senetlerinin iptalinde yukarıda ifade edildiği üzere, TTK md. 757-778-818/1-s hükümleri çerçe-

⁸⁵ Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.73-75; Özkan Gültekin, "Kıymetli Evrakın Ziyayı Nedeniyle İptalinde İptal Karar Hamilinin (Davacının) Borçlularına Rücu Sorunu", *Terazi Hukuk Dergisi* 2007, S.10, s.66-67.

vesinde iptal usulünde düzenlenme şekli göz önünde bulunmaksızın, emre yazılı kıymetli evrak iptal prosedürleri uygulanacaktır. Bu bakımdan poliçelere ilişkin TTK md. 757-765 hükümleri kambiyo senetlerinin iptalinde uygulama alanı bulacaktır. TTK md. 761/1 kapsamında talep edilecek bir iptal kararında poliçenin getirilme süresi, ihtardan itibaren en az üç ay, en fazla bir yıl olarak belirlenmiştir. TTK md. 761/3 kapsamında ise bu süreler vadesi gelen senetler bakımından ilk ilan tarihinden, vadesi gelmemiş senetler bakımından ise vadenin gelmesinden itibaren başlayacaktır. Kambiyo senetlerinin iptalinde, vade tarihinden itibaren en az bu üç aylık sürenin beklenmesi, protestolar için çekilmesi gereken sürelerin kaçırılmasına neden olacaktır. Bundan dolayı iptal kararı lehine sonuçlanan iptal isteminde bulunan, iptal kararıyla borcunu asıl borçludan alamadığı bir halde, müracaat hakkının kullanılmasında aranan ödememe protestosunu, kanunda belirlenmiş olan süreler içerisinde çekemeyeceğinden müracaat hakkını kullanamayacaktır. Bu yüzden iptal kararıyla müracaat hakkının kullanılabilmesinin pratikte uygulama alanı bulamayacağı görüşü savunulabilir.

Bunun tek istisnası, Pulaşlı'nın da ifade ettiği üzere, ödememe protestosu çekildikten sonra müracaat hakkının kullanılacağı aşamada zayı olan bir senet için alınacak iptal kararı olarak kabul edilebilir.⁸⁶ Bu bilgiler ışığında iptal kararıyla müracaat hakkının, sadece müracaat hakkı için gerekli durum tespitleri yapıldıktan sonra zayı olan senetler bakımından uygulanabileceği kanaatine varılmaktadır.⁸⁷ Ödememe protestosu vade sonrasını gerçekleştirilen bir durum tespiti olduğu için ve yukarıda da ifade edildiği üzere her hâlükârda poliçe ve bonoda vadeden önce, çekte de ibraz tarihinden önce senetlerin iptali istenemeyeceğinden, iptal kararıyla müracaat hakkının da vadeden önce kullanılması söz konusu olmayacaktır. Bunun istisnası kabul etmeme protestosundan sonra zayı olan bir poliçe için müracaat hakkının kullanılması aşamasıdır. Kabul etmeme protestosu, ödememe protesto-

⁸⁶ Pulaşlı, s.105-106; Öztürk (Dirikkan), s.93.

⁸⁷ Bu görüş TTK md. 764/2 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, kabul eden muhatabın olmadığı poliçelerde, protestolar çekilmeden önce zayı olan senetler bakımından iptal kararının herhangi bir hükmü olmadığı görüşü hasıl olmaktadır. Çünkü böyle bir durumda iptal karar hamili muhataba başvuramayacağı gibi, gerekli durum tespitlerini zamanında yapamadığından dolayı düzenleyen de dahil olmak üzere müracaat borçlularına başvuramayacaktır.

sunun aksine vade öncesi gerçekleştirilen bir durum tespittir.⁸⁸ Bu bakımdan poliçede muhatap, kabule arz işlemi çerçevesinde poliçeyi kabul etmezse, poliçede müracaat hakkı kabul etmeme protestosu neticesinde vadeden önce mümkün hale gelecektir. Pulaşlı'nın ödememe protestosu çekildikten sonra müracaat hakkının kullanılacağı aşamada zayi olan bir senet için yukarıda belirttiği görüş, poliçeler bakımından kabul etmeme protestosu çekildikten sonra müracaat hakkının kullanılacağı bir aşamada zayi olan bir senet için alınacak iptal kararında da geçerli olmalıdır.

Çek için ise iptal kararıyla müracaat hakkının kullanılmasında istisnai bir durumun olduğu söylenebilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere müracaat hakkının kullanılmasında durum tespiti önemli şartlardan birisini oluşturmaktadır. TTK md. 808'de ise poliçe ve bonodan farklı olarak çekte durum tespiti bakımından ödememe protestosuna ek olarak *“muhatap tarafından ibraz gününde gösterilmek suretiyle, çekin üzerine yazılmış olan bir tarihi beyanla veya bir takas odasının, çek zamanında teslim edildiği halde ödenmediğini tespit eden tarihli bir beyanıyla”* yapılabilmek hakkı tanınmıştır. Fakat zayi olan bir senette, senet hamilinin bu yöntemleri kullanarak durum tespiti yapması mümkün değildir. Bu kapsamda çekte iptal kararı prosedürü tamamlanmadan müracaat hakkının kullanılabilmesi için, TTK md. 757/2 hükmü kapsamında ibraz süresi içerisinde, mahkemece çek bedelinin bir bankaya tevdi edilmesine izin verilmesi görüşü savunulmaktadır.⁸⁹ Zayi edilen bir çek için, ibraz süresinden önce tevdi talebinde bulunulmasının çekte müracaat hakkını koruyacağı görüşü, doktrinde eleştirilmektedir. Örneğin Öztürk'e (Dirikkan) göre kanun koyucu ilgili hükme böyle bir sonuç bağlamamıştır.⁹⁰ Ayrıca Kırca kambiyo senetlerinde müracaat hakkının kullanılmasında senetler arasında bir ayırım yapılamayacağı görüşünü savunmaktadır.⁹¹ Bu minvalde müracaat hakkının sadece durum tespiti yapıldıktan sonra alınan iptal kararı bakımından tüm kambiyo senetlerine uygulanabileceği görüşünün daha yerinde olacağı kanaatine varmaktayız.

⁸⁸ Öztan, s.141.

⁸⁹ Gürühan, s.290.

⁹⁰ Öztürk (Dirikkan), s.90.

⁹¹ Kendigelen/Kırca, (Kırca) s.74.

3.3. İptal Kararının, Senedi İyi Niyetle Elinde Bulunduran Hamil İle İptal İsteminde Bulunan ve Senet Borçlusunu Arasındaki İlişkiye Etkisi

İptal kararı çerçevesinde senedi iyi niyetle elinde bulunduran hamil, iptal isteminde bulunan ve senet borçlusunu arasındaki ilişkinin analizinde farklı durumların göz önünde bulundurulması bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu farklı durumların analizinde de “*iyi niyet kuralı*” bize önemli bir ipucu vermektedir.

Senet borçlusunun yapması gereken davranış bakımından bu konu analiz edildiğinde senet borçlusunun duruma göre üç temel seçeneği olduğu söylenebilir. Bu seçenekler; a) iptal kararını almayan kişiye ödemede bulunmak; b) senedi iyi niyetle elinde bulunduran senet hamiline ödemede bulunmak; c) senet bedelini bir bankaya tevdi etmek. Bu bakımdan bu üç seçenekten birisinin hangi durumda uygulanacağı belirlenmesi, borçlu bakımından bu ilişkinin analiz edilmesi noktasında aydınlatıcı bir etkiye sebep olacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere iptal kararı, senetteki teşhis fonksiyonunun ortadan kalkmasına neden olmaktadır. Kıymetli evrakın teşhis fonksiyonunu yitirmesi, iptal kararı alınmış olan bir senedi elinde bulunduran kişinin, senetteki hak sahibi olan kişi olarak gözükmemesine rağmen senet bedelini borçludan talep edemeyecek olması olarak kabul edilmektedir. Bu durum iptal kararının *olumsuz etkisi* olarak açıklanmaktadır.⁹² Senet borçlusunun kime karşı ödeme yaparak borcundan kurtulacağı belirlenmesinde, kendisine yapılan başvuru zamanı da önemli bir rol oynamaktadır.

Örneğin iptal kararının alındığı ve ödeme yasağının senet borçlusuna bildirildiği bir durumda, senedi iyi niyetle elinde bulunduran kişiye karşı, iptal kararının olumsuz etkisi sebebiyle, borçlu artık ödemede bulunamayacaktır. Bu durumda TTK md. 646/2 hükmü uyarınca senet borçlusunu, hile ve ağır kusuru olmadan iptal kararı almayan kişiye karşı yapacağı ödeme ile borcundan kurtulur. İyi niyetli senet hamili ise senet borçlusunun ödemede bulunduğu iptal isteminde bulunan aleyhine, sebepsiz zenginleşme davası açmak suretiyle başvurabile-

⁹² Poroy/Tekinalp, s.122-123; Bozkurt, s.148; Pulaşlı, s.113; Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, (Ülgen/Helvacı) s.59-60.

cektir.⁹³ Görüldüğü üzere senet borçlusunun iptal isteminde bulunana karşı yapacağı ödeme ile borcundan kurtulabilmesi için senet borçlusunun iyi niyetli olması gerekmektedir. Aksi takdirde senedi iyi niyetle elinde bulunduran senet hamili, senet borçlusunun kötü niyetli, hileye ve ağır kusura dayanan bir ödemede bulunduğunu ispat edebilirse, senet borçlusunu senet hamiline karşı da ödemede bulunarak ikinci kez ödeme yapmak riskiyle karşı karşıya kalacaktır.⁹⁴

Eğer senet borçlusuna herhangi bir ödeme yasağı bildirilmemiş ve iptal kararı da alınmamış ise, TTK md. 646/1 hükmü uyarınca senet borçlusunu, senedi kendisine ibraz eden iyi niyetli hamile karşı yapacağı ödeme ile borcundan kurtulacaktır. Senet borçlusunun iyi niyetle hamile karşı yapacağı ödeme ile sorumluluktan kurtulabilmesi için, ödeme yasağının borçluya bildirilmemiş olması, iptal kararının verilmemiş olması ve senedi elinde bulunduran senet hamilinin gerçek hak sahibi olması gerekmektedir. Bu şartları taşımadan yapılan ödeme, senet borçlusunu borcundan kurtarmaz.⁹⁵ İptal kararına rağmen senet borçlusunun senet zilyedine karşı yapacağı ödeme ile de borcundan kurtulması da söz konusu olabilir. Bunun tek şartı, senet zilyedinin aynı zamanda maddi hukuk bakımından da hak sahibi olması ve senet borçlusunun bu durumu iptal isteminde bulunana ispatlamasıdır. Diğer bir ifadeyle, senet zilyedinin gerçek hak sahibi olduğu ve bu durumunun senet borçlusunu tarafından iptal isteminde bulunana karşı ispatlandığı bir durumda, senet borçlusunu iptal kararına rağmen gerçek hak sahibi olan senet zilyedine yapacağı ödeme ile borcundan kurtulacaktır.⁹⁶ Bu bakımdan senet borçlusunun iyi niyetli hamile karşı yapacağı ödeme de, borçtan kurtaran bir seçenek olarak dikkate alınabilir.

⁹³ Öztürk (Dirikkan), s.94; Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan, (Ülgen/Helvacı) s.60; Öztan, s.59. Senedi iyi niyetle elinde bulunduran, senet borçlusuna senedi ibraz ederse, senet borçlusunu henüz ödeme yapmamış ise ödeme yasağı çerçevesinde iyi niyetli senet hamiline olumsuz etki sebebiyle ödemede bulunamaz. Senet borçlusunu karar hamiline ödemede bulunduktan sonra senet hamili senedi ibraz ederse, TTK md. 646/2 hükmü kapsamında borcundan kurtulmuş olan senet borçlusunu, borcun sona erdiği defini ileri sürecektir.

⁹⁴ Öztürk (Dirikkan), s.94; Senet borçlusunun iyi niyetinden kasıt, karar hamilinin iptal kararını haksız olarak aldığını bilmemesi olarak ifade edilebilir. Karar hamilinin hak sahibi olmadığını bilmesine rağmen kasten veya ağır kusur ile ödeme yapması senet borçlusunu borcundan kurtarmayacaktır.

Bknz. Yargıtay 11.HD., 08/11/1979T., 1979/4774E., 1979/5123/K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t.05.06.2021.

⁹⁵ a.g.e., s.94; Öztan, s.58-59.

⁹⁶ Öztürk (Dirikkan), s.94; Öztan, s.59. Fakat burada dikkat edilmesi gereken hususlar-

Senet borçlusu bakımından son seçenek olarak senet bedelinin tevdi edilmesi ifade edilebilir. Senet bedelinin tevdi edilmesi, hak sahibi noktasında yaşanan bir tereddüt bakımından başvurulabilecek bir yol olarak önerilebilir. TBK md. 111 çerçevesinde “*diğer ifa engelleri*” başlığı altında düzenlenmiş olan tevdi müessesesi, senet borçlusu bakımından borçtan kurtulmak amacıyla uygulanabilir. Karar hamilinin mi yoksa senet hamilinin mi gerçek hak sahibi olduğu noktasında kesin bir kanaate ulaşılamıyorsa, senet borçlusu için en makul çözüm, senet bedelini bunlardan birine ödemek yerine tevdi hakkını kullanmaktır.⁹⁷ Senet borçlusu tevdi hakkını kullanmak suretiyle senet bedelini tevdi ederse borcundan kurtulur. Karar hamili ve senet hamilinden hangisi dava neticesinde gerçek hak sahibi olduğunu ispat ederse, senet bedelini tevdi yerinden almaya hak kazanır.

Senedi iyi niyetle iktisap etmiş olan senet hamilinin ise senet borçlusu ve karar hamiline karşı duruma göre “*istihkak davası, iptal kararının iptali davası ve sebepsiz zenginleşme davası*” açma hakkı vardır. Örneğin iptal kararının alındığı bir senette borçlu henüz ödemede bulunmamış, fakat karar hamilinin isteği üzerine yeni bir senet düzenlenmişse, böyle bir durumda iptal edilen senedin hamili istihkak davası açmak suretiyle senedin kime ait olduğunu tespit edilmesini sağlayabilir. Yeni bir senet düzenlenmemiş ve henüz senet borçlusu bir ödemede de bulunmamış ise, iptal kararının iptali davası açmak suretiyle senet hamili, ödemenin kendisine yapılmasını talep edebilir.⁹⁸ Son olarak da senet borçlusu karar hamiline ödemede bulunmuşsa, bu durumda iyi niyetli senet hamili karar hamiline karşı sebepsiz zenginleşme davası açabilecektir.⁹⁹

Burada tartışılması gereken son bir husus, zayı olan bir senedin iyi niyetle iktisap edilip edilemeyeceğinin analiz edilmesidir. Bu hu-

dan bir tanesi mahkeme kararıyla ödeme yasağı getirilmiş bir senette bu şartlara ek olarak mahkeme kararıyla ödeme yasağının da kaldırılması gerekecektir. Aksi takdirde ödeme yasağı getirilmiş bir senette, senet zilyedi gerçek hak sahibi olsa bile, ödeme yasağı kararı mahkemece kaldırılmadan senet borçlusu ödeme yapamayacaktır.

⁹⁷ Öztan, s.58-59; Öztürk, s.94.

⁹⁸ İptal kararının iptali sadece, bu kararın usulüne uygun bir şekilde verilmemesi halinde mümkündür. Bknz. Yargıtay 11.HD. 07.03.2018T., 2016/8417E., 2018/1736K., (Karşı Oy Yargıtay 11.HD., 1980T., 2555-2603), <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, e.t. 06/06/2021.

⁹⁹ Öztan, s.59.

sus da doktrindeki tartışmalı konulardan bir başkası olarak karşımıza çıkmaktadır. Doktrindeki bu tartışma İtalyan Mahkemesi Kararı ve Alman Hukuku görüşü şeklinde ikili bir ayırımı tabidir.¹⁰⁰ *Jaggi/Dru-ey/von Greyerz* İtalyan Mahkemesi görüşünü savunmaktadırlar ve bu görüşe göre, zayi olan bir senet iyi niyetli üçüncü bir kişi tarafından iktisap edilirse bu kişinin senet üzerindeki bu hakkı korunur. Bu hakkın korunmasında, senedin iptal kararı öncesinde veya sonrasında iktisap edilmiş olmasının herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.¹⁰¹ Alman Hukuku görüşü olan hakim görüşe göre ise senedi iyi niyetli iktisap etmiş olan üçüncü kişinin senet üzerindeki hakkı, senet ancak iptal kararı öncesi kazanılmışsa korunur, iptal kararı sonrası senedin iyi niyetli iktisabı mümkün olmayacağından artık iptal isteminde bulunan kişinin hakkı korunur.¹⁰² İyi niyetli iktisap ve iptal kararı arasındaki bu durum değerlendirildiğinde hakim olan görüşe katılmak yerinde olacaktır. Bu bakımdan iptal kararı alınmadan önce iyi niyetle iktisap edilmiş bir senedin hamili, senetteki hakkını talep edebilecektir.

Fakat emre yazılı kambiyo senetleri bakımından böyle bir tartışmanın varlığı yersiz olacaktır. Zira iptal kararı kambiyo senetlerinde bono ve polişe için vade, çek için ibraz tarihinden sonra alınabileceğinden dolayı, ciro ile devredilecek olan emre yazılı kambiyo senetlerinin iptal kararı sonrası (vade tarihinden sonra) el değiştirmesi pratikte mümkün olamaz. Bu bakımdan emre yazılı kambiyo senetlerinde iptal edilen senedin iyi niyetli hamili, senedi iptal kararı öncesi iktisap etmiş olacağından senetteki hakkı korunacaktır.¹⁰³ İptal isteminde bulunan kişi yerine, iptal edilen senedin iyi niyetli hamilinin korunmasına TTK

¹⁰⁰ Pulaşlı s.104; Poroy/Tekinalp, s.124.

¹⁰¹ Pulaşlı s.104, dpnt.53; Jaggi P., Dru-ey N., v. Greyerz C., Wertpapierrecht, Basel und Frankfurt a.M. (1985), §16.2.

¹⁰² Pulaşlı s.104, dpnt.54; Meier-Hayoz/ von der Crone, Wertpapierrecht, 1. Auflage, Bem 1985, §15, N.31, 35; Türk Hukukunda benzer görüş için bkz: Poroy/Tekinalp, s.124; Pulaşlı s.104.

¹⁰³ İptal kararı olumsuz etki olarak senetteki teşhis fonksiyonunu kaldırır. Diğer bir ifadeyle iptal kararı alınmış bir senette, alacak hakkı senedin ibrazı ile artık talep edilemez. Fakat, iptal kararı maddi hukuk açısından etkili olmadığı için senedin kıymetli evrak vasfını kaldırmadığı gibi iyi niyetin korunmasını da ortadan kaldırmaz. Çünkü iptal kararının aksi ispatlanabilir. Özkan Gültekin, Yeni TTK, TBK, HMK ve Çek Kanununa Göre Öğretide ve Uygulamada Kıymetli Evrakın Zıyayı ve İptali, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, 8. Bası, s.194; Yargıtay 11HD., 14/05/2014T., 2014/2699E., 2014/9228K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t. 08.06.2021.

md. 686/2 ve TTK md.792 hükümlerinin de hizmet ettiği görülmektedir. İlgili maddeler, iyi niyetli hamile karşı istirdat davası dahi açılmayacağını düzenleyerek, iyi niyetli senet hamilini iptal karar hamiline karşı üstün tutmaktadır.

Zayı olan bir senedin üçüncü kişiler bakımından iktisabında kıymetli evrakın türünün de önemli bir rol oynadığı söylenebilir.¹⁰⁴ Zayı olan nama yazılı bir kıymetli evrakta iyi niyetle iktisap, temlik beyanının gerekliliğinden dolayı mümkün olmaz. Emre yazılı kıymetli evrakta sadece ciro zincirinin kontrol edilecek olması sebebiyle iyi niyetli iktisap söz konusu olabilir.¹⁰⁵ Hamiline yazılı kıymetli evrakta senedin zilyedi hak sahibi sayıldığından, hamiline yazılı kıymetli evrakta da iyi niyetli iktisap söz konusu olabilecektir.

SONUÇ

Kıymetli evrak en genel tanımıyla, maddi bir değer içermesi hasebiyle sahibine bir alacak hakkı sağlayan senetler olarak kabul edilmektedir. TTK md. 645 kapsamında tanımı yapılan bu senetlerin en önemli özelliği içerdiği hak ile senet arasında sıkı bir ilişkinin olması olarak kabul edilmektedir. Zaten bu özellik kıymetli evrakı sıradan senetlerden ayırmaktadır. Kıymetli evrakın bir türü olan kambiyo senetleri de ticari hayatın hem devam etmesinde hem de alacak borç işlemlerinin kolaylaşmasında önemli bir rol oynayarak, piyasalarda önemli bir işlem hacminin dönmesini sağlayan senetler olarak ifade edilebilir.

Kıymetli evrakın, dolayısıyla kambiyo senetlerinin önemli bir özelliği olan senet ile hak arasındaki ilişki, senedin içerdiği bu hakkın senetsiz bir şekilde ileri sürülememesine neden olmaktadır. Bu durum, TTK md. 646 hükmü kapsamında senet borçlusunun senet teslim edilmeden ödeme yükümlüğüne tabi tutulamayacağı düzenlemesi ile de pekiştirilmiştir. Fakat bu soyut hakkın maddi varlığını oluşturan senedin çeşitli nedenlerle ibrazı söz konusu olamayabilir. Bu durum hukuk literatüründe çalınma, yırtılma, kaybolma, yanma veya vasıfları okunmayacak hale gelme gibi nedenler ile senedin zayı olması olarak ifade edilmektedir. Senedin zayı olması, senette hak sahibi olarak gözükün

¹⁰⁴ Gültekin (Yeni TTK, TBK, HMK ve Çek Kanununa Göre Öğretide ve Uygulamada Kıymetli Evrakın Zıyayı ve İptali), s.194-195.

¹⁰⁵ Poroy/Tekinalp, s.201-202.

kişinin, kıymetli evraka atfedilen bu önemli özellik sebebiyle, hakkını talep edememe riskini ortaya çıkarmaktadır. Diğer bir ifadeyle, zayi olması sebebiyle fiziki varlığı sona eren bir senette, alacak hakkının nasıl talep edilebileceği sorunu gündeme gelmektedir.

Zayi olan bir senette alacak hakkının da ortadan kalkması hakkaniyet kuralları ile bağdaşmaz. Bu minvalde kanun koyucu, menfaatler dengesini göz önünde bulundurarak, zayi olan senetlerde hakkın talep edilebilmesi için iptal müessesesini düzenlemiştir. Genel olarak TTK md. 651 hükmü kapsamında ele alınan iptal kararının en temel amacı, zayi olması sebebiyle fiziki varlığını yitiren senetlerde, belirli prosedürler neticesinde alınan iptal kararıyla, hakkın senetsiz bir şekilde talep edilmesine veya yeniden senedin düzenlenmesine olanak sağlamaktır. Bu bakımdan iptal kararının, kıymetli evrakın en önemli özelliği olan senet ile hak arasındaki sıkı ilişkiye bir istisna oluşturduğu söylenebilir.

İptal kararının hukuki sonucu incelendiğinde olumlu etki ve olumsuz etki olmak üzere genel bir sınıflandırmaya tabi tutulduğu görülmüştür. Olumlu etki çerçevesinde, iptal kararını aldırarak karar hamili, kararı ibraz etmek suretiyle alacağını talep etme hakkı kazanırken, borçlu da iptal kararı aldırarak karar hamiline karşı iyi niyetli yapacağı ödeme ile borcundan kurtulmaktadır. Olumsuz etki ise, kıymetli evrakın teşhis fonksiyonunun sona ermesidir. Diğer bir ifadeyle senet hamilinin senedi ibraz etmek suretiyle artık senet bedelini borçludan talep edemeyecek olmasıdır. Bu çalışmada iptal kararının bu iki temel etkisi, senetteki ilgili taraflar bakımından genişletilmek suretiyle analiz edilmiştir. Bu minvalde iptal kararının senetteki taraflara olan etkileri üç temel perspektifte değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Birinci perspektifte iptal kararının karar hamili ve senet borçlusunu arasındaki ilişkiye etkisi incelenmiştir. Bu kapsamda karar hamilinin yeni bir senet düzenleme hakkı olup olmadığı, senet borçlusunun karar hamiline karşı ileri sürebileceği defiler ve iptal kararına rağmen ödemede bulunmayan senet borçlusuna karşı kambiyo senetlerine özgü takip yapılıp yapılamayacağı hususları tartışılmıştır.

İkinci perspektifte iptal kararının etkisi, iptal karar hamili ve müracaat borçluları arasındaki ilişki bakımından incelenmiştir. Bu kapsamda iptal kararıyla müracaat hakkının kullanılamamasının hukuki

gerekçeleri ve hangi durumlarda iptal kararıyla müracaat hakkının kullanabileceği sorunları üzerinde değerlendirmeler yapılmıştır.

Üçüncü perspektifte ise iptal kararının etkisi, senedi iyi niyetle elinde bulunduran, karar hamili ve senet borçlusunu arasındaki ilişki bakımından ayrı ayrı incelenmiştir. Bu kapsamda da öncelikli olarak senet borçlusunun borcundan kurtulmak için başvurabileceği yöntemler, senedi iyi niyetle iktisap etmiş olan senet hamilinin senet borçlusunu ve karar hamiline karşı açabileceği davalar, zayı olan bir senedin iyi niyetle iktisap edilip edilemeyeceği hem senet hamilinin hem de karar hamilinin gerçek hak sahibi olduğu bir durumda hangi hakkın korunması gerektiği konuları üzerinde kanaatler belirtilmiştir.

İptal kararının senetteki ilgililer bakımından etkisinin analizi somut olaya göre ayrıntılı bir inceleme gerektirmektedir. Bu durum da konunun karmaşık bir yapıya sahip olduğunu göstermektedir. Bu bakımdan iptal kararının senetteki ilgililer bakımından etkisinin analizi; kimler bakımından etkisinin tartışıldığı, senedin ne zaman ibraz edildiği, kim tarafından ibraz edildiği, senet hamilinin iptal kararı öncesinde mi yoksa sonrasında mı senedi iktisap ettiği, yine müracaat hakkının iptal kararı öncesinde mi yoksa sonrasında mı kullanılmaya çalışıldığı gibi bütün değişkenlerin detaylı bir değerlendirmesini gerektirmektedir. Ayrıca alacaklıların alacağını talep edebilmesinde ve senet borçlusunun da borcunda kurtulmasında iyi niyet kuralının önemli bir rol oynadığı da unutulmamalıdır. İyi niyetin varlığının veya yokluğunun ispatı, hak sahipliğinin değişmesi bakımından yapılan ödemelerin geri talep edilebilmesine veya borçlu bakımından yeniden ödeme yapılmasına neden olmaktadır.

Kaynakça

Kitaplar

- Aras Aslı, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2017,
Bahtiyar Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, Beta Yayınları, Ankara 2018, Güncellenmiş 16.Bası,
Bilgili Fatih/Demirkapı Ertan, Kıymetli Evrak Hukuku, Dora Yayınları, Bursa 2019, 10.Bası,
Bozer Ali/Göle Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü, Ankara 2020, 9.Bası,

- Bozkurt Tamer, Kıymetli Evrak Hukuku, LEGEM Yayıncılık, Ankara 2020,
- Budak C. Ali, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Korunması, Beta Yayınları 2000,
- Budak C. Ali/Karaaslan Varol, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, 4.Bası,
- Çamoğlu Ersin, Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020,
- Domaniç Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması-TTK Şerhi IV, Temel Yayınları, İstanbul 1990,
- Eriş Gönen, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Kıymetli Evrak: Poliçe-Bono-Çek-Makbuz Senedi-Varant, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, 2.Bası,
- Erişir Evrim, Geçici Hukuki Korumamın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, On İki Levha, İstanbul 2013,
- Gültekin Özkan, Yeni TTK, TBK, HMK ve Çek Kanununa Göre Öğretimde ve Uygulamada Kıymetli Evrakın Zıyayı ve İptali, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, 8.Bası,
- Hirsch Ernst, Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (İstanbul Akgün Matbası), İstanbul 1946, 2.Bası,
- Jaggi P., Druoy N., v. Greyerz C., Wertpapierrecht, Basel und Frankfurt a.M. (1985),
- Kayar İsmail, Kıymetli Evrak Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, 7.Bası,
- Kayıhan Şaban, 6728 sayılı Kanun ile Değişmiş Türk Ticaret Kanunu ve Çek Kanununa Göre Kıymetli Evrak Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, 7.Bası,
- Kendigelen Abuzer, Türk Ticaret Kanunu-Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, 3.Tıpkı Bası,
- Kendigelen Abuzer/Kırca İsmail, Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar Kambiyo Senetleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, 3.Basıdan 4.Tıpkı Bası,
- Meier-Hayoz/von der Crone, Wertpapierrecht, 1. Autlage, Bem 1985,
- Öztan Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, Genişletilmiş 24.Bası,
- Öztürk (Dirikkan) Hanife, Kıymetli Evrakın Zıyayı ve İptali, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1990,
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, 22.Bası,
- Pulaşlı Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, 8.Bası,
- Sayhan İsmet, Kambiyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2006,
- Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kaya Arslan/Ertan N. Füsün, Kıymetli Evrak Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, 13.Bası.

Makaleler

- Cerrahoğlu Fadıl, "Kıymetli Evrakın Zıyayı ve İptali", *İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi* 1973, s.186-189,

- Gültekin Özkan, "Kıymetli Evrakın Ziyai Olması Halinde Hamilin Hakları", *Terazi Hukuk Dergisi* 2007, C.2, S.16, s.31-38,
- Gültekin Özkan, "Kıymetli Evrakın Ziyai Nedeniyle İptalinde İptal Karar Hamilinin (Davacının) Borçlularına Rücu Sorunu", *Terazi Hukuk Dergisi* 2007, C.2, S.10, s.59-70,
- Günay Erhan, "Yargıtay Kararları Eşliğinde Soru/Yanıtlı Çek Zayii Nedeniyle İade ve İptal Davaları", *Terazi Hukuk Dergisi* 2015, Cilt/Volume: 10, S.111, s.86-98,
- Gürühan Caner, "Çekin Zayi Olması Nedeniyle Keşidecinin İptal Davası Açma Hakkına Sahip Olup Olmadığına İlişkin Bir Değerlendirme", *BATİDER* 2014, C.XXX, S.4, s.283-308,
- Yavuz Mustafa, "Boş Çek Defterinin veya Yaprağının Zayi Olması Halinde Başvurula-
bilecek Hukuki Yollar", *Terazi Hukuk Dergisi* 2019, Cilt/Volume: 14, S.149, s.94-99.

Yargıtay Kararları

- Yargıtay 11.HD. 07.06.1977T., 1977/29328E., 1977/2958K.,
- Yargıtay 11.HD., 08.11.1979T., 1979/4774E., 1979/5123/K.,
- Yargıtay 11.HD., 1980T., 1980/2555E., 1980/2603K.,
- Yargıtay 11.HD., 22.01.1985T., 1984/5809E., 1985/52K.,
- Yargıtay 11.HD., 18.01.2007T., 2005/13557E., 2007/395K.,
- Yargıtay 11.HD., 02.07.2012T., 2012/977E., 2012/11699K.,
- Yargıtay 11.HD., 09.04.2014T., 2013/18310E., 2014/6484K.,
- Yargıtay 11.HD., 06.05.2014T., 2014/1815E., 2014/8503K.,
- Yargıtay 11.HD., 07.05.2014T., 2014/2697E., 2014/8655K.,
- Yargıtay 11.HD., 14/05/2014T., 2014/2699E., 2014/9228K.,
- Yargıtay 11.HD., 12.06.2014T., 2014/4100E., 2014/11296K.,
- Yargıtay 11.HD., 03.07.2014T., 2014/5623 E., 2014/12782 K.,
- Yargıtay 11.HD., 12.06.2017T., 2016/1132E., 2017/3639K.,
- Yargıtay 11.HD., 07.03.2018T., 2016/8417E., 2018/1736K.,
- Yargıtay 11.HD., 12.03.2018T., 2016/9400 E., 2018/1849 K.,
- Yargıtay 11.HD., 06.06.2018T., 2016/11997E., 2018/4372K.,
- Yargıtay 11.HD., 11.03.2019T., 2018/10E., 2019/1951K..

Diğer Kaynaklar

- Uyumaz Murat, "Noterlerin Çekişmesiz Yargı İşleri", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Konya 2021.

FUTBOLDA OPSİYON HAKKI

OPTION RIGHT IN FOOTBALL

Murat BALCI*
Sinem TURAN**

Özet: Bu çalışmada öncelikle taraflara özgür iradeleri ile belirledikleri, sözleşme süresinin bitiminden önce bildirimde bulunma koşulu ile belirli bir süre sözleşmeyi uzatma imkânı tanıyan profesyonel futbolcu sözleşmelerindeki opsiyon hakkının tanımı ve hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Ardından opsiyon hakkının geçerliliğine ilişkin kriterler CAS ve Tahkim Kurulu kararları ışığında açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Futbol, Opsiyon Hakkı, CAS, Tahkim Kurulu

Abstract: In this study, the definition and the legal nature of the option clauses in the professional football contracts, which allows the parties to extend the duration of the contract provided that one party notifies the other party prior to the expiry date of the contract and which the parties regulate freely will be focused on. Subsequently, the criteria on whether an option clause is valid or not will be explained under the light of the decisions of CAS and TFF Arbitration Board.

Keywords: Football, Option Right, CAS, TFF Arbitration Board

Giriş

Belirli süreli hizmet sözleşmeleri aksi kararlaştırılmadığı müddetçe fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Ancak sözleşmenin tarafları özgür iradeleri ile sözleşmeye sürenin bitiminden önce bildirimde bulunma koşulu ile opsiyon hakkı ekleyebilirler. Bu şekilde bir bildirimde bulunulduğu takdirde sözleşmenin belirli süre ile yenileneceğine dair hükümler sözleşme süresinin opsiyonlu olmasına yöneliktir. Profesyonel futbolcu sözleşmelerinde opsiyon hakkı hak sahibine tek taraflı bir irade beya-

* Prof. Dr., FSMVÜ Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı, mbalci@fsm.edu.tr, ORCID:0000-0002-8506-7911

** Avukat, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Doktora Öğrencisi, turansinem@outlook.com, ORCID: 0000-0002-5319-7228, Makalenin Gönderim Tarihi: 12.08.2021, Kabul Tarihi: 12.08.2021

nı ile sözleşme kurma ya da mevcut sözleşme süresini uzatma imkânı tanımaktadır. Uygulamada çoğunlukla bu tür hakların kulüplere tanındığı görülmekle bu durumun futbolcunun ekonomik özgürlüğünü sınırladığı ifade edilmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle profesyonel futbolcu sözleşmelerine kısaca değinilecek akabinde CAS kararları ışığında opsiyon hakkının tanımı ve hukuki niteliği, opsiyon hakkının geçerliği ve bu hakkın sınırları inceleme konusu edilecektir.

A. Profesyonel Futbolcu Sözleşmeleri

Profesyonel futbolcu sözleşmesi PFSTT'de düzenleme altına alınmış olmakla birlikte, sözleşmenin hukukumuzda henüz kanun veya yönetmelik gibi yasal düzenlemelerde yer alan bir tanım bulunmamaktadır. Genel çerçeve kapsamında bir tanım yapmak gerekirse profesyonel futbolcu sözleşmesinin, kulüpler ile amatör¹ veya profesyonel futbolcular arasında akdedilen, futbolcunun ücret karşılığında ve kulübe bağımlı olarak iş görmeyi üstlendiği, taraflara karşılıklı olarak birtakım haklar sağlayan ve tarafların bazı borçlar altına girmesini ön-gören rızai bir sözleşme olarak tanımlanması mümkündür.²

Söz konusu tanımdan yola çıkarak profesyonel futbolcu sözleşmesinde futbolcunun esas olarak sözleşmenin tarafı olan kulüp bünyesinde futbol faaliyetini yerine getirmeyi taahhüt ettiği ve dolayısıyla bir iş görme borcu altına girdiği söylenebilecektir. Bilindiği üzere konusu iş görme edimi olan sözleşmelerde iş gören, iş görme edimi kapsamına giren faaliyetleri icra etmek suretiyle işverene karşı olan borcunu yerine getirmektedir. Dolayısıyla profesyonel futbolcu sözleşmesinin de bu kapsamda bir iş görme sözleşmesi olarak değerlendirilmesi mümkündür.³

Yine bahse konu tanımdan da anlaşılacağı üzere profesyonel futbolcu sözleşmesinin iş görme, süreklilik, bağımlılık ve ücret olmak üzere dört temel unsuru bulunmaktadır.⁴

¹ Amatör futbolcu, profesyonel futbolcu sözleşmesi akdederek profesyonel futbolcu statüsü kazanabilmektedir.

² Hasan Petek, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 35.

³ Çağrı Cem, Profesyonel Futbolcu Transfer Sözleşmesi, On İki levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 19.

⁴ M. Serhan Altay, "Türk Hukukunda Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Kulü-

Profesyonel futbolcu sözleşmesinde futbolcu, işverene karşı bir iş görme borcu altına girmekte ve bu iş görme borcunun karşılığı olarak da kulüp bünyesinde futbol faaliyetinde bulunmayı taahhüt etmektedir.⁵ Burada futbolcunun üstlenmiş olduğu edim, sözleşme tarafı olan kulübün bir ihtiyacının giderilmesini sağlayan ve bununla birlikte ekonomik değeri olmasına gerek bulunmayan bir faaliyeti ifade etmektedir.⁶

Belirtmek gerekir ki, profesyonel futbolcu sözleşmesi kapsamında futbolcunun yerine getirmeyi üstlendiği “futbol faaliyeti” futbolcunun yalnızca futbol oynamasıyla sınırlı bir edim olmayıp aynı zamanda müsabakalarda forma giyme, teknik ve taktik becerilerini geliştirmek adına antrenmanlara, kulüp tarafından verilen eğitimlere ve düzenlenen kamplara katılma gibi edimleri de kapsamaktadır.⁷ Dolayısıyla bu hususların tümünü gereği gibi yerine getirmeyen futbolcunun profesyonel futbolcu sözleşmesi uyarınca iş görme edimini yerine getirmiş olduğundan bahsedilemeyecektir.⁸

Profesyonel futbolcu sözleşmesi, futbolcunun kişisel yetenekleri dolayısıyla yapılan bir sözleşme olduğundan, bu sözleşmenin futbolcunun kişiliğine bağlı edim içeren bir sözleşme olduğu açıktır. Bu nedenle profesyonel futbolcu sözleşmesinin konusunu oluşturan futbol faaliyetinin bizzat futbolcu tarafından yerine getirilmesi gereklidir. Nitekim TBK m. 395 gereği, aksi sözleşmeden veya işin niteliğinden anlaşılmadığı sürece, işçi taahhüt ettiği edimi kendisi yapmaya mecburdur ve bu edimi başkasına devredemez.

Profesyonel futbolcu sözleşmesinin bir diğer esaslı unsuru olan bağımlılık unsuru doğrultusunda futbolcu, söz konusu futbol faaliyetini sözleşmenin tarafı olan kulübe bağımlı olarak ve kulübün emir ve talimatları doğrultusunda yerine getirmekle yükümlüdür. Buna göre futbolcunun çalışma şeklini, çalışma yeri ve zamanını kulüp belirle-

bün Ücret Ödememesi Nedeniyle Futbolcu Tarafından Feshedilmesi ve Sonuçları”, *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, C. III, S. 1, s. 89-116, s. 92.

⁵ Faruk Baştürk, *İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu*, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 164.

⁶ Petek, s. 35.

⁷ Baştürk, s. 12.

⁸ Cem, s. 20.

yecek ve yine futbolcunun katılacağı resmi ya da özel karşılaşmaların tümü kulüp tarafından tayin edilecektir. Böylece kulüp nerede, ne zaman ve hangi şekilde çalışılacağını ihtiyaçları doğrultusunda belirleme imkanına sahip olacak ve ayrıca verilen talimatlara uyulup uyulmadığı konusunda futbolcuyu denetleyebilecektir.⁹

Profesyonel futbolcu sözleşmesinde taraflar arasındaki ilişkinin sürekli nitelikte olduğu söylenebilecektir. Nitekim futbolcunun yerine getirmekle yükümlü olduğu futbol faaliyeti kapsamında herhangi bir sonuç yaratma yükümlülüğü bulunmamakta olup, futbolcu esasen, sözleşme süresi boyunca belli bir amaç doğrultusunda emek harcamayı taahhüt etmektedir. Bu nedenle de futbolcu ile kulüp arasında sürekli bir borç ilişkisi meydana gelmektedir. Başka bir ifadeyle burada futbolcunun tek bir iş yapması değil, belirli bir süreliğine iş görme edimini sözleşme tarafı kulübe özgülmesi söz konusudur. Dolayısıyla profesyonel futbolcu sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme niteliğinde olmadığı açıktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki futbolcunun profesyonel futbolcu sözleşmesi kapsamında futbol faaliyetinde bulunma ediminin sınırsız bir süre için değil, taraflarca kararlaştırılan belirli bir süre için sözleşme tarafı kulübe özgülmesi gereklidir. Nitekim bu husus PFSTT m. 19'da da düzenlenmiş olup buna göre profesyonel futbolcu sözleşmeleri en fazla beş yıl süreli olarak akdedilebilecek, 18 yaşın altındaki futbolcularla imzalanacak olan sözleşmeler ise üç yıldan fazla süreli olamayacaktır. Yine sözleşmenin bitim tarihinin futbol sezonunun sona erme tarihi doğrultusunda 31 Mayıs olarak belirlenmesi de zorunludur. Her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olan profesyonel futbolcu sözleşmesinin diğer bir esaslı unsuru da ücrettir. Futbolcu tarafından sözleşme kapsamında yerine getirilen iş görme edimine karşılık sözleşme tarafı kulüp tarafından futbolcuya ücret ödenmesi zorunludur. PFSTT madde 21 gereği ücret, sözleşmede belirlenmesi zorunlu olan ve futbolcuya aylık asgari ücret tutarının altında olmamak kaydıyla ödenen tutar olarak ifade edilmiştir. Buna göre tarafların ücret tutarını asgari ücretin altında olmamak şartıyla serbestçe belirlemeleri mümkündür.

⁹ Şeref Ertaş/Hasan Petek, Spor Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 422.

Profesyonel futbolcu sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti noktasında yukarıda bahsedilen sözleşmenin esaslı unsurlarının tümünün birlikte değerlendirilmesi gereklidir. Bu hususta doktrinde ileri sürülen bir görüş,¹⁰ profesyonel futbolcu sözleşmesinin hizmet sözleşmesine benzemekle birlikte, tam anlamıyla bir hizmet sözleşmesi niteliğinde olmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre profesyonel futbolcu sözleşmesi İş Kanunu kapsamına dahil edilmediğinden, bu sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi de mümkün olmayacaktır.¹¹ Aksi durumda futbolcuların işçi olarak kabul edilmeleri ve grev hakkı da dahil olmak üzere işçilere sağlanan tüm hukuki korumalardan yararlandırılmaları gerekecektir.

Başka bir görüşe göre, futbolcuların kazandıkları ücretlerin diğer çalışanlara göre aşırı derecede yüksek olduğu dikkate alındığında futbolcuların işçi olarak kabul edilmeleri mümkün olmayıp, bu doğrultuda özellikle yıldız futbolcuların “müteşebbis” olarak kabul edilmeleri gereklidir.¹²

Ancak yukarıda bahsedilen unsurlar göz önüne alındığında futbolcu ile kulüp arasında akdedilen profesyonel futbolcu sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği söylenebilecektir. Zira burada futbolcunun ücret karşılığında bir hizmet edimini bağımlı olarak yerine getirmesi söz konusudur. Dolayısıyla hizmet sözleşmesinin ayırt edici unsurları olan iş görme, bağımlılık, süreklilik ve ücret unsurları profesyonel futbolcu sözleşmelerinde de bulunmaktadır. Ayrıca her türlü insan faaliyeti hizmet sözleşmesine konu olabileceğinden futbol oynama faaliyetinin de hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Doktrindeki baskın görüş¹³ de profesyonel futbolcu sözleşmesini hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmiş, Yargıtay kararlarında da aynı

¹⁰ Durmuş Ali Genç, Spor Hukuku, Alfa Yayınları, İstanbul 1998, s. 82.

¹¹ Ancak yazar, İş Kanunu kapsamı dışında bırakılmış olan profesyonel sporcular hakkında TBK'nın hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirterek çelişkiye düşmüştür.

¹² FrankRybak, Das Rechtsverhältnis zwischen dem Lizenzfußballspieler und seinem Verein, Friedrich-Schiller-Universität Jena 1998, s. 38-39, 48-49 (Ertaş/Petek, s. 404'ten naklen).

¹³ Baştürk, s. 15; Ertaş/Petek s. 402; Ramazan Çağlayan, Spor Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2007, s. 41-42.

yönde değerlendirme yapılmıştır.¹⁴ Benzer şekilde TFF Tahkim Kurulu önüne gelen bir uyuşmazlıkta *“Bu sözleşme ile futbolcu, kulüp forması altında müsabakalara katılma ve bu müsabakalara hazırlanma biçimindeki iş görme borcunu üstlenirken, Kulüp de ücret ödeme borcu altına girmektedir. Kulüp ile futbolcu arasındaki sözleşme hukuken hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.”* şeklindeki ifadeyle profesyonel futbolcu sözleşmesini hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmiştir.¹⁵

B. Bosman Kararı

Bosman Kararı (ya da Bosman Kuralları) 1995 tarihli Avrupa Adalet Divanı kararıdır. Avrupa Birliği içinde işçilerin serbestçe dolaşımını ve iş birliği özgürlüğünü güvenceye alan kararlar, özellikle Avrupa içinde futbol sektöründe büyük değişiklikler yaşanmasına neden olmuştur. Bu kararlar uyarınca Avrupa Birliği üyesi ülkelerin ulusal liglerinde -transfer edilen oyuncunun Avrupa Birliği vatandaşı olması koşuluyla- yabancı oyuncu sınırlaması kaldırılmış, futbolcuların anlaşma süreleri dolduğunda bonservis bedeli olmaksızın istedikleri kulübe geçmelerinin önü açılmıştır.¹⁶

Bosman kararının önemi, Belçikalı bir futbolcu olan Jean-Marc Bosman'ın başka bir takıma transfer olmasının önündeki bonservis engeline karşı yargı önüne taşıdığı hukuki sorunu kazanmasıyla futbol pazarında neden olduğu köklü değişikliklerdir. Yargıya konu olan olayın başlangıcı, Belçika'nın RFC Liege takımında forma giyen Jean-Marc Bosman'ın sözleşmesinin sona ermesinden sonra kulüple olan görüşmeleri sonucunda kulübün %60'a varan indirim yapmasıyla, Bosman'ın Fransız kulübü Dunkerque ile anlaşmasıdır. Bu anlaşma sonrasında Lige kulübünün 600 bin Euro gibi o dönem için yüksek sayılabilecek bir

¹⁴ “Davacı futbolcu ile davalı spor kulübü arasında 02.02.2009 tarihli profesyonel futbolcu sözleşmesi yapılmış ...Taraflar arasındaki hukuki ilişki genel hizmet sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, buna dair TBK 408 maddesinde; “İşveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellere veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin, 06.06.2016 Tarihli, 2015/9000 E., 2016/14293 K. sayılı Kararı (www.lexpera.com.tr).

¹⁵ 25.06.2009 tarih 2009/190 E., 2009/384 K. Nolu Tahkim Kurulu Kararı.

¹⁶ https://tr.wikipedia.org/wiki/Bosman_Kurallar%C4%B1

fesih bedeli belirlemesiyle, Dunkerque ekibi parayı ödeyemeyeceğini belirterek oyuncuyu kiralamak istemiş, bu sırada Bosman kadro dışı bırakılarak idari ceza verilmiş ve bu ceza sonrasında Bosman futbol sektöründe önemli değişikliklere yol açan davayı açmıştır.

Esas yargılamadaki farklı eylemlere yol açan olaylar sırasında uygulanabilir olan 1983 URBSFA federal kuralları, üç ilişki türünü birbirinden ayırır: *bir futbolcunun federasyona bağlanması, bir kulübe bağlanması ve resmi müsabakalara katılabilmesi için gerekli olarak bir kulüpte oynamaya yetkili olarak tescil edilmesi*. Transfer, bir federasyona bağlı bir futbolcunun bağlı olduğu kulübü değiştirdiği işlem olarak tanımlanır. Transfer geçici ise, futbolcu kulübüne bağlı olmaya devam eder, ancak başka bir kulüpte oynamaya yetkili olarak tescil edilir.

Somut olayda İlk Derece Mahkemesi, Bosman'ın UEFA ve URBSFA aleyhindeki iddialarının incelenmesinin, transfer kurallarının Antlaşma ile uyumluluğunu değerlendirmeyi gerektirdiğini tespit ederek, Antlaşma'nın 48., 85. ve 86. maddelerin yorumlanmasına ilişkin bir ön karar vermesi için dosyayı Adalet Divanı'na sevk etmiştir. URBSFA, RC Liège ve UEFA bu kararı istinaf etmiştir.

İstinaf Mahkemesi, İlk Derece Mahkemesinin yargı yetkisine sahip olduğuna, davanın esasının kabul edilebilir olduğuna ve Bosman'ın, URBSFA ve UEFA'ya karşı iddialarının transfer kurallarının hukuksuzluğunun yeniden değerlendirmesini gerektirdiğine karar vererek İstinaf Edilen Kararı onamıştır. İstinaf Mahkemesi ayrıca, Bosman'ın iddialarının Belçika Usul Kanunu 18. madde uyarınca "*ciddi tehdit altında hakkın kullanılmasının engellenmesinin önüne geçmek*" şeklinde önlemlere izin veren hükme dayanması ve ilgili transfer kuralların kariyerini etkilediğine ilişkin korku duyduğu hususunun Bosman tarafından maddi delillerle ispatlanması nedeniyle söz konusu kuralların gözden geçirilmesinin önemli olduğunu belirtmiştir.

Ulusal mahkemeye göre; özellikle Antlaşma'nın 48. maddesi, tıpkı 30. maddede olduğu gibi, sadece ayrımcılığın değil aynı zamanda işçilerin serbest seyahat özgürlüğüne konulan engellerin yasakladığını hükme bağlamıştır.

Antlaşma'nın 85. maddesi ile bağlantılı olarak İstinaf Mahkemesi FIFA, UEFA ve URBSFA düzenlemelerinin futbolcular ile ilgili olarak kulüplerin kendileri arasındaki rekabeti engelleyen teşebbüs birliği

kararları almalarına yol açabileceğini kabul etmektedir. Transfer ücretleri caydırıcıdır ve profesyonel futbolcuların ödemeleri üzerinde baskı oluşturmaktadır. İstinaf Mahkemesi özellikle, kulüpler için ödenmesi gereken cezai hükümlerin tehdidinden dolayı futbolcunun yeni bir kulüp ile oynamasının kulüpler arasındaki ticari ilişkilere bağımlı olacağını vurgulamıştır.

İşçilerin serbest seyahat özgürlüğü ile ilgili Avrupa Topluluğu hukuku hükümlerinin futbolculara uygulanması için, işverenin teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerekli değildir; tek gereken bir istihdam ilişkisinin varlığı ya da istihdam ilişkisi kurma niyetidir. Mahkeme, futbolun ekonomik yönlerini sportif yönlerinden ayırmanın zorluğu ile ilgili olarak, Avrupa Topluluğu hukukunun kişilerin serbest seyahat özgürlüğü ve hizmet sunumuna ilişkin hükümlerinin, maçların niteliği ve içeriği ile ilgili olan ve ekonomik olmayan gerekçeler olarak nitelendirilen kuralları veya uygulamaları engellemediğine hükmetmiştir. Mahkeme, kişilerin Üye Devletler arasında serbest seyahat özgürlüğü ve hizmet sunma özgürlüğü önündeki engellerin kaldırılmasının, Devletlere ilişkin engellerin kamu hukuku ile yönetilmeyen organizasyonlar veya birliklerin hukuki özerkliklerinin uygulanmasından kaynaklı engellerin etkisiz hale getirilmesi ile mümkün olacağına karar vermiştir.

Tüm bunlar nezdinde Mahkeme, transfer kurallarının Antlaşma'nın 48. maddesinde koruma altına alınan işçilerin serbest seyahat özgürlüğüne bir engel oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Mahkemenin tekrar tekrar kabul ettiği gibi, işçilerin serbest seyahat özgürlüğü Avrupa Topluluğunun temel ilkelerinden biridir ve geçiş döneminin sonundan itibaren direkt olarak etkiye sahip olduğu garanti altına alınmış olan hükümlerdir. Mahkeme ayrıca, Antlaşma'nın kişilerin serbest seyahat özgürlüğü ile ilgili hükümlerin Avrupa Topluluğu vatandaşlarının Avrupa Topluluğu genelinde her türlü mesleki faaliyetlere yönelik takibini kolaylaştırmayı amaçladığını ve başka bir Üye Devletin topraklarında ekonomik bir faaliyet sürdürmek istediklerinde karşılaşılabilecekleri olumsuzlukları engellediğine karar vermiştir.¹⁷ Bu bağlamda, Üye Devletlerin vatandaşları, doğrudan

¹⁷ Bkz. Case 143/87 Stanton v INASTI [1988] ECR 3877, paragraf 13, ve Case C-370/90 The Queen v Immigration Appeal Tribunal and Surinder Singh [1992] ECR I-4265, paragraf 16.

Antlaşma'dan kaynaklı olarak, menşe ülkelerinden ayrılıp başka bir Üye Devletin topraklarına girme ve orada ekonomik faaliyette bulunmak için ikamet etme hakkına sahiptir.¹⁸

Transfer kurallarının, farklı ulusal federasyonlara bağlı kulüpler arasındaki futbolcu transferleri için geçerli olduğu ve benzer kuralların aynı ulusal federasyona bağlı kulüpler arasındaki transferleri de düzenlediği doğrudur. Ancak Bosman'ın Hukuk Sözcüsü tarafından ileri sürüldüğü üzere bu kurallar, futbolcuların kulüpler ile olan sözleşmelerinin bitiş tarihinden sonra kulüpten ayrılmalarını engelleyerek veya ayrılmaktan caydırarak başka bir Üye Devlette futbol faaliyetlerini sürdürmek isteyen bu futbolcuların serbest seyahat özgürlüğünü sınırlandırmaktadır.

Kural olarak Antlaşmanın 48. maddesi ile yasaklanan transfer kuralları işçilerin serbest seyahat özgürlüğüne bir engel oluşturmaktadır. Bu durumun aksi ancak, kuralların Antlaşma ile uyumlu meşru bir amaç içinde olması ve kamu yararı sebebi ile haklı kılınması halinde mümkün olabilir. Ancak böyle olsa bile, bu kuralların uygulanması, söz konusu amaca ulaşılmasını sağlayacak ve bu amaç için gerekli olan sınırlamanın ötesine geçmeyecek şekilde olmalıdır.¹⁹

Bu gerekçelerle, Mahkeme, Liege İstinaf Mahkemesinin 1 Ekim 1993 tarihli kararı ile kendisine sevk edilen sorulara ilişkin olarak şu şekilde karar vermiştir:

1. AET Antlaşması'nın 48. maddesi, bir Üye Devletin vatandaşı olan profesyonel bir futbolcunun bir kulüp ile sözleşmesinin sona ermesi üzerine, sonraki kulüp tarafından önceki kulübüne transfer, eğitim veya geliştirme ücreti ödenmedikçe, başka bir kulüp tarafından istihdam edilememesine ilişkin spor federasyonları tarafından düzenlenen kuralların uygulanmasına engel teşkil etmektedir.
2. AET Antlaşması'nın 48. maddesi, spor federasyonları tarafından düzenlenen müsabakalardaki maçlarda, futbol kulüplerinin diğer Üye Devletlerin vatandaşı olan profesyonel futbolcularını sınırlı

¹⁸ Bkz. Case C-363/89 Roux v Belgium [1991] ECR I-273, paragraf 9 ve Singh, paragraf 17.

¹⁹ Bkz, Kraus Kararı, paragraf 32, ve Case C-55/94 Gebhard [1995] ECR I-4165, paragraf 37.

sayıda sahaya sürebileceğine ilişkin spor federasyonları tarafından belirlenen kuralların uygulanmasına engel teşkil etmektedir.

3. AET Antlaşma'nın 48. maddesinin doğrudan etkisinin, halihazırda ödenmiş olan veya hâlâ ödenmesi gereken bir yükümlülük kapsamındaki transfer, yetiştirme veya geliştirme ile ilgili taleplere uygulanmayacağına dikkat edilmelidir. Ancak bu etki, bu karar tarihinden önce mahkeme işlemlerini başlatan veya bu tarihten önce geçerli ulusal yasalar uyarınca eşdeğer bir talepte bulunanlar için uygulanacaktır.

Futbolcu sözleşmelerinde yer alan opsiyon hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar gerek ülkemizde gerekse FIFA ve CAS nezdinde kararlara konu olmuş ve tartışılmıştır. Bosman Kuralı, bu uyuşmazlıkların yarattığı futbolcu transferlerinden oluşan gelir kaynaklarına dair olumsuz etkileri engellemesi amacıyla futbolcu sözleşmelerine konulan opsiyon hakkının bağlayıcılığı ile ilgili köklü değişikliklere yol açması nedeniyle önemli bir karar niteliğindedir. Söz konusu hakkın bağlayıcılığına ilişkin dikkate alınacak hususlar opsiyon hakkının geçerlilik şartlarını oluşturur. Bu nedenle hakkın kullanılabilmesi için gerekli olan şartlar belirlenmiş ve bu şartları taşımayan sözleşmeler geçersiz sayılmıştır.

C. Opsiyon Hakkı Tanımı ve Hukuki Niteliği

TBK madde 430'da her ne kadar belirli süreli hizmet sözleşmesinin sürenin bitiminde başka herhangi bir işleme gerek duyulmaksızın kendiliğinden sona ereceği düzenlenmişse de, tarafların özgür iradeleriyle sözleşme süresinin sona ermesinden önce bir bildirimde bulunmak koşuluyla sözleşme sürenin uzatılmasına ilişkin bir opsiyon hakkını sözleşmeye eklemeleri mümkündür. Bu şekilde bir bildirimde bulunduğu takdirde sözleşmenin belirli süre ile yenileneceğine dair hükümler sözleşme süresinin opsiyonlu olmasına yöneliktir.

Opsiyon hakkı, en temel haliyle, hak sahibine tek taraflı irade beyanı ile tarafların içeriğini önceden kararlaştırmış oldukları bir sözleşmeyi kurma veya mevcut bir sözleşmenin süresini uzatma yetkisi veren bir hak olarak tanımlanabilir.²⁰

²⁰ Vedat Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara

Yenilik doğuran bir hak niteliği taşıyan opsiyon hakkı, hak sahibine üçüncü bir kişiyle olan hukuki ilişkisini tek taraflı olarak düzenleme ve değiştirme imkânı tanımaktadır. Bu kapsamda opsiyon hakkı sahibi, opsiyona konu olan borç ilişkisini kurmak ya da mevcut bir borç ilişkisinin süresini uzatmak hususlarında hiçbir şekilde diğer tarafın irade beyanına ihtiyaç duymamakta, karşı tarafa varması gereken tek taraflı irade beyanıyla borç ilişkisini kurabilmekte veya mevcut bir borç ilişkisinin süresini uzatabilmektedir. Bununla birlikte opsiyon hakkının taraflardan yalnızca birine veya her iki tarafa birden tanınması da mümkündür.

Bununla birlikte, sözleşmede opsiyon haklarının kullanılabilmesi için öngörülen sürede henüz bu hakkın kullanılıp kullanılmayacağı belirli olmadığından karşı taraf bakımından bir belirsizlik söz konusu olmakta ve bu durum henüz opsiyon hakkının kullanılıp kullanılmayacağını bilemeyen taraf bakımından başka sözleşmeler akdetme imkânını da sınırlamaktadır. Bu nedenle opsiyon haklarının muhatapları durumunda olan tarafların hukukî karar alma özgürlüklerini de sınırlanmış olmaktadır.

D. Profesyonel Futbolcu Sözleşmelerinde Opsiyon Hakkı

Profesyonel futbol ilişkisi bakımından opsiyon hakkı, hak sahibine tek taraflı bir irade beyanı ile bir profesyonel futbol sözleşmesi kurma veya mevcut bir profesyonel futbol sözleşmesinin süresini uzatma imkânı tanıyan bir haktır.

Uygulamada, opsiyon haklarına ilişkin sözleşme maddelerinin genellikle kulüpler lehine düzenlendiği görülmektedir. Kulüpler opsiyon hakları ile özellikle genç ve gelecek vadeden futbolcular ile akdedecekleri sözleşmeleri kısa süreli olarak düzenlemekte, bu sayede bu futbolcuların mesleki potansiyellerini gözlemleyebilmekte ve buna göre sözleşme süresi sonunda başlangıçta belirlenen süre doğrultusunda bu süreyi uzatabilmektedirler.²¹ Böylece kulüpler tek taraflı iradeleriyle, yeterli gördükleri performans düzeyini yakalayabilen futbolcularla aralarındaki ilişkinin devamlılığını sağlayabilmektedirler.

2005, s. 160.

²¹ Alper Çağrı Yılmaz, "Milletlerarası Futbol Hukukunda Tek Taraflı Uzatma Opsiyonlarının Geçerliliği Sorunu" *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, C. I, S. I, s. 45-72, s. 48.

Bununla birlikte opsiyon hakkının mevcut olduğu durumlarda, kulüplerin ve futbolcuların karar alma özgürlüklerinin sınırlandırılmış olduğu söylenebilecektir. Nitekim opsiyon hakkının muhatabı olan tarafın hukuki durumunun iradesi dışında değişikliğe uğraması söz konusu olmaktadır. Ayrıca bilhassa futbolcu yönünden, kulüp lehine öngörülen opsiyon hakkının, bu hakkın kullanılabilmesi için öngörülen süre boyunca kullanılıp kullanılmayacağı belirli olmadığından bu durum futbolcunun başka bir sözleşmeye taraf olmasını engellemekte ve dolayısıyla futbolcunun karar alma özgürlüğünü sınırlamaktadır.

E. Karşılaştırmalı Hukukta Opsiyon Hakkı

1. İsviçre

Sözleşme özgürlüğünün geniş bir şekilde yorumlandığı İsviçre gibi liberal bir ülkede, opsiyon hakkının ulusal hukukta geçerliliği belirsizdir. İsviçre iş hukukunda opsiyon hakkıyla ilgili herhangi bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, İsviçre hukukunda bu maddelerin uygulanamayacağı söylenebilir. Bunun nedeni, İsviçre’de böyle bir seçeneğin iş kanununu ihlal ettiği ve dolayısıyla iş sözleşmelerine dahil edildiğinde geçersiz olduğunun kabul edilmesidir.

İsviçre Borçlar Kanunu’nun 335. maddesinin 1. fıkrasına göre, sözleşmelerin feshi konusunda işveren ve çalışan arasında resmi bir eşitlik olmalıdır. Opsiyon hakkı maddeleri, bir tarafa sözleşmeyi uzatmak için tek taraflı hak verdiğinden, taraflar arasında eşitsizlik yaratarak bu hükmün önüne geçmektedir.²²

2. Almanya

Almanya İş Mahkemesi’nin kulüp ve oyuncu arasında, kulübe sözleşmeyi bir yıl daha uzatma hakkı veren bir opsiyon hakkı içeren bir yıllık bir anlaşma (1 Ocak 2007’den 2007/2008 sezonunun sonuna kadar) ile ilgili kararına göre, bazı opsiyon hakları geçersiz ve hükümsüz kabul edilmiştir. Mahkeme bu kararda opsiyon hakkını etkisiz bulmuştur. Alman Medeni Kanunu’nun 307. maddesinin 1. fıkrasına

²² <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-validity-of-unilateral-extension-options-in-football-part-1-a-european-legal-mess-by-saverio-spera> (12.06.20219).

göre, genel hüküm ve koşullardaki düzenlemeler, sözleşmenin diğer tarafını haksız yere cezalandırıyorsa ve uygun telafi edici önlemlerle birlikte sunulmuyorsa geçersiz sayılmalıdır. Somut davada Mahkeme, tek taraflı opsiyon hakkının yalnızca işverene devir tazminatı şeklinde ek bir gelir sağlama amacına hizmet ettiğini tespit etmiştir. Zira bu koşullarda opsiyon hakkı, Sözleşmede yer alan çalışma özgürlüğünün orantısız bir şekilde kısıtlanması anlamına gelmektedir.

Bununla birlikte, Alman İş Mahkemesi'nin kararından birkaç yıl sonra, Alman Federal İş Mahkemesi (zımnen) başka bir opsiyon hakkı maddesini geçerli kabul etmiştir. Dava konusu olayda, o sırada 15 yaşında olan oyuncu ile kulüp, kulübe tek taraflı olarak bir yıl daha uzatma opsiyon hakkı sunan dört yıllık bir sözleşme imzalamıştır. Kulübe katıldıktan bir süre sonra oyuncu, kişisel durumlarından dolayı psikolojik baskı görmeye başlamış ve sözleşmeyi doğal süresi dolmadan feshetmek istediğini dile getirmiştir. Taraflar daha sonra, kulübün 40.000 Euro'luk bir ödeme karşılığında karar almayı kabul ettiği bir anlaşma imzalamıştır. Mahkeme, aslında, bunun, çalışanın kişisel özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlamaktan kaçınmak için belirli süreli bir iş sözleşmesinin uyması gereken eşik olduğunu vurgulamıştır.²³

Alman içtihadında opsiyon hakkının geçerliliğine yönelik verilmiş kararlarda bir birliğin bulunmadığı, uyuşmazlık konusu edilen sözleşmedeki tek taraflı uzatma opsiyonunun, söz konusu opsiyon hükümünün taraflarca müzakere edilmiş olması, oyuncunun opsiyondan haberdar olduğu ve uzatma dönemi için oyuncuya ilave ücret ve prim ödenmesinin öngörülmüş olmasından hareketle geçerli olduğuna hükmeden kararlar olduğu kadar opsiyonun Almanya Anayasasının 12. maddesinde öngörülen çalışma hürriyetini ölçsüz biçimde kısıtladığı yönünde kararlar da mevcuttur.²⁴

3. Hollanda

Ulusal çalışma mevzuatının opsiyon hakkına ilişkin herhangi bir hüküm içermediği Hollanda'da, bugüne kadar bilinen tek kararda, bu

²³ <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-validity-of-unilateral-extension-options-in-football-part-1-a-european-legal-mess-by-saverio-spera> (12.06.20219).

²⁴ Yılmaz, s. 53-54.

tür maddelerin Hollanda hukuku kapsamında geçerliliği kabul edilmiştir. Tunuslu futbolcu Hatem Trabelsi ile kulübü Ajax Amsterdam arasında çıkan anlaşmazlıkta, sözleşmede yer alan tek taraflı opsiyon hakkı geçerli ve bağlayıcı kabul edilmiştir. Kararda opsiyon hakkı sözleşme hukuku ile birlikte iş hukukunun sağladığı işten çıkarma sisteme uygun bulunmuştur.²⁵

4. Belçika

Belçika’da oyuncu sözleşmeleri esas olarak iş kanunu hükümleriyle, özellikle de 3 Temmuz 1978 tarihli İş Sözleşmeleriyle ilgili kanunla düzenlenmektedir.

Yine de opsiyon hakkıyla ilgili olarak, 15 Şubat 2016 tarihli Futbol Toplu İş Sözleşmesi’nde opsiyon hakkı genel olarak geçerli olmamakla birlikte, belirli koşullar altında tek taraflı olarak kabul edilmeyeceği için geçerli sayılmaktadır. Bu Sözleşme’nin 15. maddesine göre, eğer opsiyon hakkı, (i) başlangıçta yazılı olarak kararlaştırılır, (ii) uzatma dahil toplam sözleşme süresini maksimum 5 yıl ve 18 yaş altı oyuncular için 3 yıl için sağlar ve (iii) maaşta belirli bir artış uygulanırsa tek taraflı olmadığı için geçerli ve bağlayıcı kabul edilmektedir.²⁶

5. İtalya

İtalya’da, sporun istihdam durumu 91/1981 sayılı Kanunla düzenlenmektedir. Bu mevzuat, opsiyon hakkını kapsayan herhangi bir açık hüküm içermemekle birlikte-5. maddeye göre genel olarak sabit vadeli sözleşmenin süresinin beş yılı aşamayacağını belirtmektedir- belirli sözleşme gereksinimleri için Toplu İş Sözleşmesi’ne (TİS) dayanır.

TİS madde 2 fıkra 2’de, “hem Kulüp hem de Oyuncu lehine opsiyon anlaşmalarına, opsiyonu veren taraf lehine belirli bir bedelin sağlanması ve Sözleşmenin toplam süresinin sınırının olması şartıyla izin verilir, sağlanan sürenin toplamı ile opsiyon hakkı tarafından temsil edilen herhangi bir uzat-

²⁵ <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-validity-of-unilateral-extension-options-in-football-part-1-a-european-legal-mess-by-saverio-spera> (12.06.20219).

²⁶ <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-validity-of-unilateral-extension-options-in-football-part-1-a-european-legal-mess-by-saverio-spera> (12.06.20219).

manın toplamından oluşan bu süre, yasaların öngördüğü azami süreyi aşamaz” şeklinde ifade edilmiştir.²⁷

6. Avusturya

Avusturya’da opsiyon hakkına ilişkin hükümler geçersiz değildir, ancak 1 Temmuz 2014’te değiştirilen Avusturya Futbol Ligi Futbolcuları Toplu İş Sözleşmesi’nin (KV-ÖFB) 6 (4). Bölümünde belirtilen gereklilikleri karşılmalıdır. Buna göre, “Tek taraflı bir beyanla kullanılacak bir opsiyonun verilmesine, ancak sözleşmenin her bir tarafına eşit haklar tanınması ve opsiyonun kullanılmasının her iki taraf için de eşdeğer koşullara bağlanması durumunda izin verilir. [...]” Sözleşmenin kurulduğu tarih, denklik değerlendirmesi için belirleyici olmaktadır. Avusturya Yüksek Mahkemesi, 1 Temmuz 2014’ten 30 Haziran 2015’e kadar bir yıl geçerli olan ve kulübe sözleşme ilişkisini Haziran 2017’ye kadar iki yıl daha uzatma imkânı veren opsiyon hakkı içeren bir yerel mahkeme kararını onamıştır. Hem ilk derece mahkemesi hem de Yüksek Mahkeme, KV-ÖFB’nin 6. madde (4). fıkrasının şartlarını karşılamadığı için anlaşmayı geçersiz saymıştır. İki mahkemenin bu sonuca varmalarının nedeni, (i) maaş artışının (%15’lik) artışla orantılı olmaması ve (ii) sözleşmenin imzalanması sırasında, opsiyon hakkının sözleşmede tanımlanmamış olmasıdır.²⁸

7. İspanya

İspanya’da profesyonel sporcuların istihdam ilişkilerine ilişkin ana kaynak 1006/1985 Kraliyet Kararnamesi’dir. Sözleşmenin süresi ile ilgili olarak, 1006/85 Kraliyet Kararnamesi’nin 6. maddesi, (i) sporcu sözleşmelerinin her zaman belirli süreli sözleşmeler olduğunu, (ii) daima belirli olacak olan bu sözleşmelerin uzatılmasının, sözleşmenin süresi dolmak üzereyken taraflar arasında müteakip anlaşmalar yoluyla sağlanabileceğini söylemektedir. Kraliyet Kararnamesi’ne göre, “Kulüp ile Futbolcu arasında karşılıklı anlaşma ile sözleşme, 26 Haziran tarihli 1006/1985 Kraliyet

²⁷ <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-validity-of-unilateral-extension-options-in-football-part-1-a-european-legal-mess-by-saverio-spera> (12.06.20219).

²⁸ <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-validity-of-unilateral-extension-options-in-football-part-1-a-european-legal-mess-by-saverio-spera> (12.06.20219).

Kararnamesi'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen şartlarda uzatılabilir". Bu nedenle şu anda İspanya'daki opsiyon hakkının oyuncu ile karşılıklı olarak kararlaştırılması gerektiği görülmektedir.²⁹

F. Opsiyon Hakkının Geçerliliğine İlişkin Kriterler

Hak sahibine tek taraflı irade beyanı ile bir sözleşme kurma ya da mevcut bir sözleşmenin süresini uzatma imkânı veren opsiyon hakkı konusunda FIFA ve TFF talimatlarında herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak opsiyon hakkının kullanılabilmesi için belirli şartların varlığı gereklidir. Nitekim opsiyon hakkının söz konusu olduğu durumlarda profesyonel kulüplerin ve futbolcuların karar alma özelliklerinin sınırlandırılmaması ve tarafların hak kaybına uğramaması adına gerekli olan şartlar, emsal kararlar ve pratikte yürütülen sözleşmesel ilişkiler ışığında şekillenmektedir. Bu hususta iki taraf adına da karar alma özgürlüğünün, mesleği ifa imkânının ve faaliyet özgürlüğü ile ekonomik geleceğin aşırı sınırlanmasına engel olmak adına gerekli olan geçerlilik şartlarının tespit edilmesi önem arz eder. Sözleşmelerde belirlenen opsiyon hakkının geçerliliğinin değerlendirilerek bir karara varılabilmesi de öncelikle bu değerlendirmede dikkate alınacak kuralın belirlenmesine bağlıdır.³⁰

Bu kapsamda hiç şüphesiz uluslararası nitelikli ihtilaflar bakımından DRC ve CAS içtihatları yol gösterici olacak ise de DRC ve CAS içtihatlarında opsiyon hakkının kesin olarak geçerli veya geçersiz olduğuna ilişkin herhangi bir kriter bulunmamaktadır. Bir başka deyişle opsiyon hakkı bakımından somut olay değerlendirmesi yapılması gerekmekte olup, her bir uyuşmazlığı durumun koşullarına göre ele almak suretiyle karar verilmelidir. DRC ve CAS içtihatları değerlendirildiğinde geçerli bir opsiyon hakkının varlığından bahsedebilmek için özellikle birtakım kriterlerin sağlanması gerektiği söylenebilecektir. Tahkim Kurulu'nun, 2021 tarihli anonimleştirilmiş bir kararında³¹

²⁹ <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-validity-of-unilateral-extension-options-in-football-part-1-a-european-legal-mess-by-saverio-spera> (12.06.20219).

³⁰ Adnan Türkan, "Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi ve Opsiyon Hakkı", Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu 'Av. Atilla Elmas' Armağanı, Ankara 2012, s. 763-772, s.768.

³¹ [https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/Tahkim%20Kurulu%20Gerekceli%20Kararlari/29-\(Anonimlestirilmis\).pdf](https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/Tahkim%20Kurulu%20Gerekceli%20Kararlari/29-(Anonimlestirilmis).pdf)

opsiyon hakkının uluslararası nitelikli sözleşmeler bakımından geçerliliğinin değerlendirilmesi noktasında uygulanacak kriterler aşağıdaki şekilde özetlenmiştir:

- *“DRC ve CAS içtihatları bakımından değinilmesi gereken ilk kriter opsiyon hakkı ile ortaya çıkacak sözleşme süresinin maksimum sözleşme süresini aşmaması gerekliliğidir. FIFA FSTT’de maksimum sözleşme süresi 5 yıl olarak öngörülmüştür (FIFA FSTT m.18/2 aynen: “Bir sözleşmenin asgari süresi, yürürlük tarihinden sezon sonuna kadardır; bir sözleşmenin azami süresi ise beş yıldır. Yukarıda belirtilenlerden farklı sürelerle yer verilen sözleşmelerin akdedilmesi, yalnızca ulusal yasalara uygun olması halinde mümkündür. 18 yaşın altındaki futbolcular üç yıldan uzun bir süre için profesyonel bir sözleşme imzalayamazlar. Daha uzun bir süreye atıfta bulunan hiçbir hüküm geçerli değildir.” şeklindedir). O halde opsiyon hakkı sözleşme süresini 5 yıldan daha uzun bir süreye taşıyan bir hak olarak belirlenmemelidir.*
- *İkinci kriter; opsiyon hakkının mevcut sözleşmenin sona erme süresinden önce belirlenmiş bir süre içerisinde kullanılması gerekliliğidir. Başka bir ifade ile opsiyon hakkının kullanım süresi futbolcunun başka kulüpler ile anlaşma yapmasına engel olmayacak ve geleceği hakkında belirsizlik yaratmayacak makul bir süre içerisinde kullanılacak şekilde belirlenmelidir.*
- *Üçüncü kriter; futbolcunun opsiyon hakkının kullanılması halinde opsiyonlu süre içerisinde alacağı ücretin mevcut olan esas sözleşmede belirlenmesi gerekliliğidir. Futbolcunun opsiyon süresi içerisinde ne kadar ücret alacağı belirsiz olmamalı veya bu hususun kararlaştırılması sonraya bırakılmamalıdır.*
- *Dördüncü kriter; futbolcunun opsiyon süresinde alacağı ücretin mevcut sözleşmeye göre azımsanmayacak derecede yükseltilmiş olması gerekliliğidir. Bir başka ifade ile futbolcunun ücretinde gözle görülür bir iyileşme olması gerekmektedir.*
- *Beşinci kriter; opsiyon hakkının mevcut sözleşmede açıkça düzenlenmesi ve ayrıca vurgulanmasıdır. DRC 12 Ocak 2007 tarihli yayımlanmamış bir kararında bu konuyla ilgili olarak opsiyon hakkının sözleşmenin ortasında bulunduğu için geçersiz olduğunu, opsiyon hakkına sözleşmenin sonunda yer verilmesi ve vurgu yapılması gerektiğini belirtmiştir.”*

Taraflar arasında akdedilen sözleşmede, yukarıda belirtilen bu kriterleri karşılayan bir opsiyon hakkı mevcut olduğu takdirde, DRC

ve CAS'ın bu opsiyon hakkını geçerli saymaya daha meyilli olduğu söylenebilecektir. Nitekim bu kriterler CAS'ın çeşitli tarihlerde vermiş olduğu kararlarda da yer bulmaktadır. Yer verilen bu kriterlere ek olarak CAS'ın 4 Mart 2014 tarihli kararında opsiyon süresinin esas sözleşme süresiyle orantılı olması gerekliliği ve opsiyon seçeneğinin bir sefer ile sınırlandırılmasının önerildiği belirtilerek ek iki kriter daha yer verilmiştir.³²

Opsiyon hakkının sözleşmenin her iki tarafı için de tanınmış olup olmaması da opsiyon hakkının geçerliliğinin değerlendirilmesinde önem arz etmektedir.³³ Zira tek taraflı uzatma opsiyon hakkının geçersiz kabul edilmesi durumunda, kulüpler uzatma dönemi süresi boyunca oyuncunun hizmetinden faydalanamayacak ve asıl sözleşme süresinin sonunda oyuncunun bir başka kulübe transfer olması neticesinde transfer ücreti alamayacaktır. Tek taraflı uzatma opsiyon hakkının geçerli kabul edilmesi durumunda ise oyuncunun asıl sözleşme süresinin sonunda başka bir kulüple sözleşme imzalaması halihazırda sözleşmesinin ihlali anlamına gelecektir.³⁴ Dolayısıyla tek taraflı uzatma opsiyon hakkının geçerliliğinin tespiti uygulama açısından oldukça mühimdir.

İş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda Yargıtay tarafından benimsenen 'işçi yararına yorum ilkesi'nin bir sonucu olarak cezai şart hükümlerinin yalnızca işçi aleyhine düzenlenmesi halinde bu hükümler geçersiz kabul edilmektedir. Bu doğrultuda opsiyon hakkının tek taraflı düzenlenerek yalnızca futbolcu aleyhine karar alma özgürlüğünü ve mesleğini ifa imkanını kısıtladığı hallerde opsiyon hakkının geçersiz olduğu söylenebilir. Nitekim gerek doktrinde gerek örnek kararlarda; futbolcu sözleşmesinin tek taraflı olarak uzatılabilmesi imkanının yalnızca kulübe tanındığı; opsiyon hakkının kullanılması ile başlayan sözleşme döneminde futbolcu lehine belirgin ve önemli bir miktarda ekonomik artışın sağlanmadığı durumlarda opsiyon hakkına ilişkin düzenlemelerin geçersiz olduğu kabul edilmektedir.³⁵

³² Yakup Kızılkaya, Profesyonel Futbolcunun İş İlişkinin Sona Ermesi Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Bursa 2019, s. 68.

³³ Türkkan, s. 768.

³⁴ Yılmaz, s. 50.

³⁵ Baştürk, s. 187-188.

G. Opsiyon Hakkına İlişkin Kararlar

1. CAS Kararları

CAS'ın 4 Mart 2014 tarihli CAS 2013/A/3260, Grêmio Foot-ball Porto Alegrense v. Maximiliano Gastón López kararında da bu kriterler açıkça sayılmış, bunun yanı sıra söz konusu kararda geçerli bir opsiyon hakkından söz edilebilmesi adına iki kritere daha atıfta bulunulmuştur. Buna göre söz konusu kararda CAS, bahsedilen beş kriterin yanında ayrıca opsiyon süresinin esas sözleşme süresiyle orantılı olması gerekliliğinden bahsetmiş ve opsiyon hakkının bir sefer ile sınırlandırılmasının önerildiğini belirtmiştir.

"...FIFA DRC içtihatlarına bakıldığında, tek taraflı bir uzatma maddesinin geçerli olup olmadığını belirlemek için aşağıdaki unsurların dikkate alındığı görülmektedir:

1. İş ilişkisinin olası azami süresi haddinden fazla olmamalıdır;
2. Opsiyon, geçerli sözleşmenin sona ermesinden önce kabul edilebilir bir süre içinde kullanılmalıdır;
3. Opsiyon hakkından kaynaklanan maaş hakkı asıl sözleşmede tanımlanmalıdır;
4. İş sözleşmesinin içeriği bakımından bir taraf diğer tarafın takdirine bırakılmamalıdır;
5. Opsiyon, asıl sözleşmede oyuncunun sözleşmeyi imzaladığı anda bunun farkında olacağı şekilde açıkça belirlenmeli ve vurgulanmalıdır;
6. Uzatma süresi ana sözleşmeyle orantılı olmalıdır; ve
7. Uzatma seçeneklerinin sayısının bir ile sınırlandırılması tavsiye edilmektedir.

Yukarıda bahsedilen ilk beş unsur, Portmann kriterlerine dayanmaktadır ve son ikisi FIFA DRC ve CAS içtihatlarındaki son gelişmelerden kaynaklanmaktadır.

CAS içtihadı (örneğin, CAS 2005 / A / 973), tek taraflı uzatma hükümlerinin geçerliliğini değerlendirmede oldukça pratik ve yapıcı bir yaklaşım benimsemektedir ve sözleşmeye dayalı istikrar ilkelerine

/ pacta sunt servanda / tarafların sözleşme yapma özgürlüğü ve iyi niyetine, oyuncunun hareket özgürlüğü veya kişilik haklarının usule aykırı veya aşırı şekilde kısıtlanmamasını sağlayan bir görüşle vurgu yapmaktadır. CAS bunu yaparken, oyuncunun iddia edilen tek taraflı uzatma hükmünün müzakeresine giden dönemdeki davranışına ve ayrıca oyuncunun sözleşmenin uygulanması sırasındaki davranışına özel önem atfeder.

Yukarıdaki anlayış ve ilkeler önceden belirtilen vakıalarla ilişkilendirildiğinde, İş Sözleşmesi Eki Madde 8, standart bir tek taraflı uzatma opsiyonu maddesi midir?

Özel Sözleşme ile Kiraya Verme Sözleşmesi arasındaki ayrılmaz ilişki, İş Sözleşmesi Eki Madde 8'in geçerliliğini belirlemede çok önemlidir. Bunun nedeni: (i) Özel Sözleşme'nin Oyuncu'ya FC Moskova İş Sözleşmesini yasal olarak feshetme hakkı vermesi ve (ii) Grêmio'nun, Oyuncu ile ilgilenmediği veya gerekli paraya sahip olmadığı için Sözleşme İmzalama Taahhüdü Sözleşmesi'ni uygulama hakkını kullanamaması durumunda, Oyuncu'nun, FC Moskova ile geçerli bir sözleşmesi olacağı için işsiz kalmayacak olmasıdır.

Heyet, Kiraya Verme Sözleşmesi'ni, Özel Sözleşme'yi ve İş Sözleşmesi Eki'ni, tarafların söz konusu sözleşmeye dayalı anlaşma yapısına girerken gerçek niyetinin, Oyuncu'yu geçici olarak Grêmio'ya deneme süresi boyunca transfer etmek olduğu ve bu süre boyunca başarılı olması halinde, Sözleşme İmzalama Taahhüdü Sözleşmesi'nin uygulanacak olduğu şeklinde değerlendirmektedir. Deneme süresi ayrıca Grêmio'nun Oyuncu'yu kalıcı olarak işe almak için gerekli fonları sağlamasına da imkân sağlayacaktır.

İş Sözleşmesi Ekinin 8. maddesinin bir uzatma maddesi olduğu varsayılsa bile, Heyet iddia edilen tek taraflı niteliğin sözleşmenin geçersizliğine yol açabileceği noktasında ikna olmamıştır.

Heyet, uzatma maddesinin kabul edilebilir olup olmadığının olay bazında değerlendirilmesi gerektiğini, karar veren merciinin salt maddenin cümle yapısına değil, aynı zamanda eklenmesine sebep olan arka plan ve koşullara, özellikle, İş Sözleşmesi müzakeresinde ve ifasında tarafların tutumuna bakılması gerektiğini belirten CAS 2005/A/973 kararında belirtilen görüşlere katılmaktadır.

Portmann kriterleri, tek taraflı uzatma maddelerinin geçerliliğini değerlendirmede yol gösterici bir kriter olarak hizmet ederken, Heyet, CAS 2006/ A/1157 ve CAS 2005/ A/973'te olduğu gibi, her bir ihtilafın arkasındaki çok önemli özellikler ve koşullar pahasına, Portmann kriterlerine çok fazla ağırlık ve değer atfetmeme ihtiyacının bilincindedir.

Ayrıca, İş Sözleşmesi Eki Madde 8'in geçerliliği lehine değerlendirilmedi bulunulursa, aşağıdakiler, ücretinde kayda değer bir artışa sebep olacak olan Sözleşme İmzalama Taahhüdü Sözleşmesi uyarınca Oyuncu için esaslı menfaatlerdir:

a) Sözleşme İmzalama Taahhüdü Sözleşmesi'nin birinci, ikinci ve üçüncü yılında sırasıyla yıllık net [...] ABD Doları, [...] ABD Doları ve [...] ABD Doları maaş. Bu meblağların her biri, 31 Aralık 2009'dan sonra Oyuncu FC Moskova ile iş sözleşmesine devam etseydi alacak olduğu aylık brüt [...] EUR maaşı ve İş Sözleşmesi kapsamında almakta olduğu brüt [...] Rial (yaklaşık [...] ABD Doları) maaşı esaslı şekilde aşmaktadır. Heyet, Oyuncu'nun İş Sözleşmesi kapsamındaki maaşının brüt olarak ödendiğine, Sözleşme İmzalama Taahhüdü Sözleşmesi'nden doğan maaşın ise net olarak ödeneceğine işaret etmektedir. Bu, söz konusu kişisel gelire Brezilya'da uygulanan ortalama vergi oranı dikkate alındığında yaklaşık %30'luk bir artışı temsil etmektedir;

b) Sözleşme İmzalama Taahhüdü Sözleşmesi'ni imzaladıktan sonra derhal, Rial cinsinden eşdeğeri [...] EUR (yaklaşık USD [...]) (bunun [...] ABD Doları kısmını tutacak ve özgür kalmak için [...] ABD Doları kısmını FC Moskova'ya ödeyecektir); ve

c) Daha önce sahip olmadığı, ekonomik ve mali haklarının %50'si. Oyuncunun deneyimi, nispeten başarılı uluslararası kariyeri ve Aralık 2009'da 25 yaşında olacağı göz önüne alındığında, bu haklar önemli bir değeri temsil edebilir.

Heyetin görüşüne göre, İş Sözleşmesi Eki'nin 8. Maddesinin bu meblağların nasıl ve ne zaman ödeneceği konusunda belirsiz ve anlaşılabilir olması, tek başına Grêmio'nun yükümlülüklerinin, Tarafların daha fazla müzakerede bulunmayacak şekilde yetersiz olduğu sonucuna götürmez. Heyet, bu konuyu değerlendirirken, Tarafların halihazırda bir iş ilişkisi içinde olduklarını ve herhangi bir eksikliğin İş Sözleşmesi ile aynı şartlar ve uygulamalarla doldurulacağını dikkate almaktadır.

Ayrıca Heyet, İş Sözleşmesi Eki Madde 8 uyarınca Oyuncu'nun yalnızca üç yıllık bir iş sözleşmesi imzalamayı taahhüt ettiğine dikkat çeker. Heyet, FIFA Oyuncuların Statüsü ve Transferine İlişkin Yönetmelik Madde 18.2'de öngörülen azami beş yıllık süreden daha kısa olduğu için önerilen üç yıllık sürenin makul olduğunu düşünmektedir..."

CAS 2005/A/973 Panathinaikos Football Club v. S kararında,³⁶ Oyuncu Statüsü Komitesi'nin, tek taraflı opsiyonun, profesyonel bir oyuncunun hareket özgürlüğünü veya seçimini kısıtlaması ve iş hukukunun genel ilkeleri ile çelişmesi nedeniyle davalı tarafın iddialarının kabul edildiği uyuşmazlık incelenmiştir. Kurul bu uyuşmazlıkta,

"Sözleşmede belirtildiği üzere Temyiz Eden lehine tek taraflı opsiyon hakkının, Kurul'un opsiyon hakkını geçersiz olarak ilan etmesine yol açacak gayri meşru bir durum yaratmadığı kanaatindedir.

Kurul, istihdam şart ve koşullarının adil ve makul olduğu ve tek taraflı opsiyon hakkının Temyiz Eden'e "oyuncu için görünürde bir kazanç" olmaksızın "eşit olmayan pazarlık gücü" vermediği görüşündedir.

Kurul, Davalı'nın (somut olayda oyuncudur) Sözleşmede belirtilen tek taraflı opsiyon hakkının hükümsüzlüğünü haksız bir biçimde iddia ederek yükümlülüklerinden kaçmaya çalıştığı görüşündedir. Bu şekilde Oyuncu, Temyiz Eden tarafından zaten kabul edilmiş yeterli bir maaşı olmasına rağmen kendisi için önemli bir maaş artışı sağlamayı amaçlamıştır. Bu Oyuncunun tutumu dürüst değildir ve pacta sunt servanda ilkesine aykırıdır.

Kurul, sunulan belgelerin, opsiyonun Temyiz Eden tarafından resmi ve doğru bir şekilde uygulandığını şüpheye mahal bırakmaksızın kanıtladığına dikkat çeker."

şeklindeki açıklamalarıyla, Temyiz Eden'in Sözleşme tarafından sağlanan opsiyon hakkından yararlanma hakkına sahip olduğunu belirterek temyiz talebini kabul etmiştir.

Bu şartlar ışığında tek taraflı opsiyon hakkının geçerliliği analiz

³⁶ <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/973.pdf#search=option%20clause>

edilirken önemli olan temel iki husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki, opsiyon hakkının kullanılmasıyla futbolcunun maddi durumunda gözle görülür bir artış olması, ikincisi ise, sözleşmeye dayalı ilişkinin toplam süresinin makul olmasıdır. Bu hususların opsiyon hakkının geçerliliğini belirlemede önemli rol oynamasının sebebi, kulübe göre ekonomik olarak daha zayıf konumda bulunan futbolcunun hak kaybına uğramasını önlemek ve mesleki ifa özgürlüğünü sınırlandırmaktır.

CAS'ın 2008/A/1741 sayılı temyiz edenin, kira sözleşmesinin davalı lehine, hukuka aykırı olarak, tek taraflı bir opsiyon hakkı tanıdığı gerekçesini öne sürdüğü başka bir kararında³⁷ Kurul, böyle bir opsiyon hakkının ancak oyuncunun opsiyonun yararlanıcısı ile bir iş sözleşmesi imzalamaya rıza göstermesi durumunda kullanılabileceğini belirtmiştir.

FIFA DRC'nin 23.01.2013 tarihli kararında³⁸ davacı, FIFA DRC içtihatlarına göre opsiyon hakkının, sağlanması gereken kriterlerin bulunmaması dolayısıyla geçersiz olduğunu iddia etmiş ve gerekli kriterleri sıralamıştır. Buna göre;

- İş ilişkisinin olası azami süresi haddinden fazla/aşırı olmamalıdır.
- Opsiyon, geçerli sözleşmenin sona ermesinden önce kabul edilebilir bir süre içinde kullanılmalıdır.
- Opsiyon hakkından kaynaklanan maaş hakkı asıl sözleşmede tanımlanmalıdır.
- İş sözleşmesinin içeriği bakımından bir taraf diğer tarafın takdirine bırakılmamalıdır.
- Opsiyon, asıl sözleşmede oyuncunun sözleşmeyi imzaladığı anda bunun farkında olacağı şekilde açıkça belirlenmeli ve vurgulanmalıdır.

CAS'ın 2014/A/3852³⁹ sayılı kararında ise, sözleşmede düzenlenen opsiyon hakkının geçerli olup olmadığıyla ilgili yaptığı değerlendirilmiştir.

³⁷ <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1741.pdf#search=option%20right>

³⁸ FIFA Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun 23.01.2013 tarihli kararı <https://resources.fifa.com/image/upload/01133395-2209365.pdf?cloudid=xpos67mo8bgaozco8ftg>

³⁹ <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3852.pdf#search=option%20right>

dirmede Heyet, CAS 2013/A/3260 kararına atıf yaparak aynı kriterleri teyit etmiştir. Bununla beraber, ilgili kararda Heyet, bu kriterlerin dikkate alınabileceğini ve önemli olduğunu, ancak bunların mutlak kurallar olmadığına vurgu yapmıştır. Asıl sözleşmenin genel koşulları ve tarafların bu sözleşmedeki dengesinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek, somut olayda;

- RSTP madde 18'e göre, bir sözleşmenin maksimum süresinin beş yıl olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ilgili sözleşmenin potansiyel maksimum süresi (üç yıl) makul bir süredir,
- Oyuncu hala Ascoli ile sözleşme altında olduğundan opsiyon hakkının kullanılması oyuncuya gelecek sezonunu planlaması için yeterli zaman tanımıştır,
- Oyuncunun gelecek sezonlar için maaşı Sözleşmede açıkça belirtilmiştir,
- Sonraki iş sözleşmesinin içeriği asıl Sözleşmede açıkça belirlenmiştir,
- Opsiyon hükmü, Sözleşmenin 2. maddesinde, herhangi bir meslekten olmayan kişi tarafından da kolayca anlaşılabilir basit kelimelerle açıkça belirtilmiştir;
- Uzatılan sözleşmenin toplam süresi dikkate alındığında, Sözleşmenin iki yıllık uzatılması, asıl süre sadece bir yıl olsa dahi makul olarak anlaşılabilir;
- Sözleşmede sadece bir uzatma yapılmıştır,
- Opsiyon hakkının kullanılmasıyla oyuncunun maaşı önemli ölçüde arttırılmıştır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle Heyet, bu uyuşmazlık kapsamında opsiyon hakkının geçerli olduğuna karar vermiştir. Heyet'in görüşüne göre, tek taraflı bir opsiyonun geçerliliğini analiz ederken iki ana konu dikkate alınmalıdır: (i) sözleşmeye dayalı ilişkinin toplam süresinin makul olup olmadığı ve (ii) müteakip istihdam şart ve koşullarının, daha fazla müzakereye gerek kalmadan, oyuncunun kulübe verdiği hakkı yeterince yansıtmadığı.

CAS'ın 2014/A/3620 sayılı kararında⁴⁰ Heyet, bir kulüp tarafından bir oyuncuyla istihdam ilişkisini genişletmek için kullanılan tek taraflı opsiyon hükmünün geçerliliği ve uygulanabilirliğinin İsviçre yasalarına göre kabul edilmediğinden bahsetmiştir. Aynı kararda, opsiyonun tanım olarak, belirsizlik karşısında belirli bir eylemi gerçekleştirmek için bir hak olduğu ancak bir zorunluluk olmadığı da ifade edilmiştir.

Yine iş sözleşmesine eklenen tek taraflı opsiyon hakkının geçerli olup olmadığının incelendiği CAS 2005/A/973 (Panathinaikos Football Club v. S.) kararında,⁴¹ 16 Haziran 2005 tarihinde, İskoç Futbol Federasyonu'nun bir oyuncunun sözleşmesini tek taraflı olarak uzatmak için sözleşmeye dayalı bir opsiyonun geçerli olup olmadığının açıklanmasının talebi üzerine, FIFA'dan Gianpaolo Monteneri; bu sorunun kesin bir yanıtı olmadığını, her dava nezdinde somut şartların ve iş sözleşmesindeki hükümlerin içeriğine bakılması gerektiğini belirterek "*Genel olarak, kulüpler lehine tek taraflı seçenekler muhtemelen geçersiz olacaktır*" şeklinde bir açıklama yapmıştır.

2. TFF Tarafından Verilen Kararlar

TFF ise konuya kulüpler ile oyuncular arasındaki hukuki ilişkiye dayandığı için mesafeli yaklaşmakta, taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlık çıkması durumunda TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na başvurulması gerektiği kanaatindedir.⁴²

Tahkim Kurulu, 20.08.2009 tarihli, 2009/307 Esas ve 2009/469 Karar sayılı kararı ile, "[..] ve [..] arasındaki ihtilafta, opsiyon hakkının sadece kulübe verildiği, opsiyon hakkının kullanılması ile başlayan sözleşme yılı için, daha önceki yıla nazaran futbolcu lehine belirgin ve önemli bir miktarda mali bir iyileşme öngörülmediğini tespit ederek, futbolcunun karar alma özgürlüğünü sınırlayan, mesleğin ifa imkanını daraltan opsiyon hakkının geçersiz olduğuna" karar vermiştir.

Tahkim Kurulu'nun, 2021 tarihli anonimleştirilmiş bir kararında⁴³ da söz konusu karara atfen, "... opsiyon hakkı kullanılan sözleşmede, eğer

⁴⁰ <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3620.pdf#search=option%20right>

⁴¹ <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/973.pdf>

⁴² TFF'nin 14.07.2010 tarihli Basın Açıklaması, <https://www.tff.org/default.aspx?pageID=285&ftxtID=10362>.

⁴³ [https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/Tahkim%20Kurulu%20Gercekceli%20Kararlari/29-\(Anonimlestirilmis\).pdf](https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/Tahkim%20Kurulu%20Gercekceli%20Kararlari/29-(Anonimlestirilmis).pdf)

yeni dönem için futbolcuya herhangi bir iyileştirme öngörülmemiş ise, opsiyon hakkının geçersiz olduğu söylenebilecektir. Futbolcunun ekonomik özgürlüğünü sınırlayacak şekilde tek taraflı opsiyon hakkı içeren, yeni sözleşme yılı için futbolcuya mâli anlamda iyileştirme sunmayan hükümlerin geçersiz sayılması gerektiği belirtilmektedir.” ifadelerine yer verilmiştir.

Sonuç

Özetle, profesyonel futbol sözleşmelerinde genellikle kulüpler lehine düzenlenen opsiyon hakkının geçerliliğine yönelik pozitif hukukta açık bir hüküm yer almamakla birlikte hem CAS hem de TFF Tahkim Kurulu tarafından verilen çeşitli kararlar ile belirlenen kriterler opsiyon hakkının geçerli olup olmadığı hususunda yol gösterici olmaktadır.

Buna göre, her bir olay kendi özelinde değerlendirilecek, olayın arka planındaki maddi vakıalar ve futbolcunun kulüp karşısındaki konumu incelenmek suretiyle opsiyon hakkının geçerli olup olmadığına karar verilecektir.

Çalışmamızda değinilen CAS kararlarında da ifade edildiği üzere geçerli bir opsiyon hakkının varlığından bahsedilebilmesi için öncelikle opsiyon hakkının mevcut sözleşmenin sona ermesinden önce makul bir süre içerisinde kullanılması gerekmektedir. Futbolcu açısından belirsizlik yaratmamak adına gerekli olan bu şart, futbolcunun başka sözleşmelere taraf olmasını engellemek açısından da önemli bir rol oynamaktadır. Futbolcu, sözleşmenin sona ermesinden önce makul bir süre içerisinde opsiyon hakkının kullanılıp kullanılmayacağını bilerek hareket edecek ve böylece opsiyon hakkının kullanımı tarafların hukuki durumlarına ilişkin olarak karar alma özgürlüklerini sınırlar nitelikte olmayacaktır. İkinci olarak iş ilişkisinin maksimum süresi aşılmamalıdır. RSTP madde 18'e göre, profesyonel bir futbolcu sözleşmesinin maksimum süresi beş yıl olarak belirlenmiştir. Opsiyon hakkının kullanılmasıyla beraber toplam sözleşme süresinin beş yılı aşması, hakkın kullanımını geçersiz kılacaktır. Üçüncü olarak opsiyon hakkı, asıl sözleşmede açıkça belirtilmiş ve vurgulanmış olmalıdır. Böylece futbolcu, sözleşmeyi imzaladığı anda sözleşmenin sona ermesinden sonra tekrar uzatılabileceğinin

farkında olacak ve sözleşmeyi bu irade ile imzalayacaktır. Dördüncü olarak taraflardan biri iş sözleşmesinin içeriğiyle ilgili olarak diğer tarafın insafına bırakılmamalıdır. Beşinci kriter ise opsiyon hakkının kullanılması ile başlayan dönem için daha önceki döneme kıyasla futbolcunun maaşının belirgin ve önemli bir miktarda artışa uğramış olmasıdır. Hakkın bağlayıcılığı açısından önemli rol oynayan maaş artışı şartı, opsiyon hakkının geçerliliği ile ilgili olarak verilen tüm kararlarda en çok dikkate alınan kurallardan biridir. Nitekim DRC tarafından verilen kararlarda, kulübün opsiyon hakkını kullanmasından sonra futbolcunun maaşında artış olup olmadığı sorusuyla bağlantılı olarak bu kuralın geçerlilik şartı olarak kabul edildiği görülmektedir. DRC, müzakerelere ilişkin olarak tarafların eşit olmadığı ve hakkın kullanımını sonucunda oyuncu açısından gözle görülür bir kazanç olmadığı durumlarda, sözleşmede belirtilen opsiyon hakkının geçerli ve bağlayıcı olmadığını kabul etmektedir. Bu nedenle, hakkın geçerliliğinden bahsedebilmek için futbolcu lehine gözle görülür bir maaş artışı olması gerekmektedir. Son olarak uzatma seçeneklerinin sayısının bir ile sınırlandırılması tavsiye edilmektedir. Böylece opsiyon hakkı kullanılan futbolcunun geleceğe dair mesleki ifa özgürlüğü aşırı kısıtlanmamış olacaktır.

Bu şartlar ışığında tek taraflı opsiyon hakkının geçerliliği analiz edilirken önemli olan iki temel husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki, opsiyon hakkının kullanılmasıyla futbolcunun maddi durumunda gözle görülür bir artış olması, ikincisi ise, sözleşmeye dayalı ilişkinin toplam süresinin makul olmasıdır. Bu hususların opsiyon hakkının geçerliliğinin belirlenmesinde önemli rol oynamalarının sebebi, kulübe göre ekonomik olarak daha zayıf konumda bulunan futbolcunun hak kaybına uğramasını önlemek ve mesleki ifa özgürlüğünün sınırlandırılmasını engellemektir.

Özellikle, futbolcunun aynı dönem için yalnızca bir kulüp ile profesyonel futbolcu sözleşmesi imzalayabilmesi ve yalnızca sözleşme imzaladığı kulüp adına lisans alabilmesi, futbolcunun başka bir sözleşmeye taraf olmasını hatta böyle bir sözleşmenin kurulması için müzakerelerde bulunması olanağını sınırlar. Bu nedenle opsiyon hakkının kullanılması belirli şartlara bağlanmış ve bu şartları sağlamayan opsiyon hakkı düzenlemeleri geçersiz sayılmıştır.

Kaynakça

Kitaplar

- Baştürk Faruk, İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.
- Buz Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Cem Çağrı, Profesyonel Futbolcu Transfer Sözleşmesi, On İki levha Yayınları, İstanbul 2012.
- Çağlayan Ramazan, Spor Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2007.
- Ertaş Şeref/Petek Hasan, Spor Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Genç Durmuş Ali, Spor Hukuku, Alfa Yayınları, İstanbul 1998.
- Petek Hasan, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

Makaleler

- Altay M. Serhan, "Türk Hukukunda Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Kulübün Ücret Ödememesi Nedeniyle Futbolcu Tarafından Feshedilmesi ve Sonuçları", *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, İstanbul 2021, C. III, S. 1, s. 89-116.
- Türkkan Adnan, "Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi ve Opsiyon Hakkı" Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. Atilla Elmas' Armağanı, Ankara, 2012, s. 763-770.
- Yılmaz Alper Çağrı, "Milletlerarası Futbol Hukukunda Tek Taraflı Uzatma Opsiyonlarının Geçerliliği Sorunu" *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, İstanbul 2019, C. 1, s. 45-72.

Mahkeme Kararları

- Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin, 06.06.2016 Tarihli, 2015/9000 E., 2016/14293 K. sayılı Kararı.
- 25.06.2009 tarih 2009/190 E., 2009/384 K. Nolu Tahkim Kurulu Kararı.
- Case 143/87 Stanton v INASTI [1988] ECR 3877.
- Case C-370/90 The Queen v Immigration Appeal Tribunal and Surinder Singh [1992] ECR I-4265.
- Case C-55/94 Gebhard [1995] ECR I-4165.

İnternet Kaynakları

- Duval Antoine, "The Validity of Unilateral Extension Options in Football - Part 1: A European Legal Mess. By Saverio Spera" (Çevrimiçi) <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-validity-of-unilateral-extension-options-in-football-part-1-a-european-legal-mess-by-saverio-spera>, 12 Haziran 2021.
- FIFA Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (Çevrimiçi) <https://resources.fifa.com/image/upload/01133395-2209365.pdf?cloudid=xpos67mo8bgaozco8ftg>, 12 Haziran 2021.
- TFF Web Sitesi: <https://www.tff.org/default.aspx?pageID=285&ftxtID=10362>, 12 Haziran 2021.
- TFF Web Sitesi: (Çevrimiçi) [https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/Tahkim%20Kurulu%20Gereklili%20Kararlari/29-\(Anonimlestirilmis\).pdf](https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/Tahkim%20Kurulu%20Gereklili%20Kararlari/29-(Anonimlestirilmis).pdf), 12.06.2021.

Tribunal Arbitral du Sport: (Çevrimiçi) <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/973.pdf#search=option%20clause>, 12 Haziran 2021.

Tribunal Arbitral du Sport: (Çevrimiçi) <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1741.pdf#search=option%20right>, 12 Haziran 2021.

Tribunal Arbitral du Sport: (Çevrimiçi) <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3852.pdf#search=option%20right>, 12 Haziran 2021.

Tribunal Arbitral du Sport: (Çevrimiçi) <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3620.pdf#search=option%20right>, 12 Haziran 2021.

Tribunal Arbitral du Sport: (Çevrimiçi) <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/973.pdf>, 12 Haziran 2021.

Vikipedi: "Bosman Kuralları" (Çevrimiçi) https://tr.wikipedia.org/wiki/Bosman_Kurallar%C4%B1, 12 Haziran 2021.

www.lexpera.com.tr

www.wikipedia.org

Diğer Kaynaklar

Kızılkaya Yakup, Profesyonel Futbolcunun İş İlişkinin Sona Ermesi Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Bursa 2019.

AİHM'DE GÖRÜLEN DAVALARDA ÜÇÜNCÜ TARAFLARIN MÜDAHİL OLMASI

THIRD PARTY INTERVENTIONS BEFORE THE ECtHR

A. Füsun ARSAVA*

Özet: Ulusal mahkemelerde olduğu gibi AİHM'de görülen davalarda da müdahil olma olanağı bulunmaktadır. AİHM Usul Tüzüğü müdahil olma prosedürünü ve kimlerin davaya müdahil olabileceğini düzenlemektedir. AİHM Usul Tüzüğü müdahil olma kriteri olarak "etkilenme" ölçütünü esas almaktadır. Makalede AİHM Usul Tüzüğü'nün öngördüğü düzenlemeler yanı sıra, Tüzüğün eleştiri konusu eksikliklerine dikkat çekilmektedir.

Anahtar Kelimeler: AİHM Usul Tüzüğü, Müdahil Olma Kriteri, Etkilenme Ölçütü, Re'sen Müdahil Edilme, Talep Üzerine Müdahil Olma

Abstract: The European Court of Human Rights has liberal policy as regards granting leave to third party interveners. Rules of the Court which regulates third party interventions provides that the request for leave to intervene by the Third Party must be "duly reasoned". The aim of the article is to draw attention to the regulations stipulated by the Rules of the Court and the shortcomings of the Rules that are subject to criticism.

Keywords: Rules of the Court, Criteria for Third Party Interventions, Duly Reasoned, Ex Officio Intervention, Request of Intervention

GİRİŞ

Uluslararası mahkemelerde ulusal mahkemelerde olduğu gibi dava büyük ölçüde, dava taraflarıyla sınırlı olarak görülmektedir. Bu saptama uluslararası insan hakları mahkemeleri olarak çalışan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (IAGMR) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) için de geçerlidir. Bununla beraber bu mahkemelerde görülen davalara dava tarafları yanı sıra üçüncü kişi yahut kuruluşların da müdahil olması kabul edilmektedir. AİHS'nin

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, fusun.arsava@atilim.edu.tr, mahmutarsava@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-2275-7664, Makalenin Gönderim Tarihi: 12.10.2021, Kabul Tarihi: 12.10.2021

36. maddesine ve AİHM Usul Tüzüğü'nün 44. maddesine göre belli koşullar altında AİHM'de üçüncü kişiler bireysel başvuru prosedürüne müdahil olabilmektedir.

I- Davaya Müdahil Olma Prosedürü

Prosedüre müdahil olarak katılım AİHM'nin re'sen daveti yahut müdahil olmak isteyen talebi ile gerçekleşmektedir. Müdahil olmanın ön koşulu bu bağlamda hakkında şikâyet yapılan devletin hükümetine AİHM'nin şikâyeti iletilmesidir. Dava tarafları dışındaki tüm AİHS tarafı devletler ve şikâyetçi pozisyonunda olmayan ilgili kişiler hukukun gereğinin yerine getirilmesi adına daire başkanının re'sen yaptığı davete istinaden davaya katılabilirler. Davaya talep üzerine katılma ise Usul Tüzüğü'nün gereklerini yerine getiren bir dilekçe ile gerçekleşmektedir. Bu dilekçelerin yeterli olarak gerekçelendirilmesi ve hakkında şikâyet yapılan devletin hükümetine şikâyetin iletilmesinden itibaren 12 hafta içinde yazılı olarak resmi dillerden birinde hazırlanarak mahkemeye sunulması gerekmektedir. Üçüncü kişilerin davaya müdahil olma uygulaması bu konuda AİHS'de henüz bir hukuki dayanağın bulunmadığı yetmişli yıllara gitmektedir. Young, James ve Webster davasında AİHM İngiliz Sendikası Trade Union Congress'in görüş vermesine izin vermiştir. Aynı şekilde Winterwerp davasında ilk kez birçok AİHS tarafı devlet Hollanda'ya karşı görüş bildirmiştir.¹

AİHS metni üç tür müdahil olma durumu kabul etmektedir. AİHS'nin 36. madde, 1. fıkrası AİHS tarafı diğer devletlerin prosedüre katılımı için düzenleme öngörmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrası Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin davaya katılımı için özel bir düzenleme içermektedir; 36. maddenin 2. fıkrası diğer üye devletler yanı sıra ilgili kişilerden söz etmektedir. Bu düzenlemeye büyük ölçüde AİHM'nin dört farklı müdahil olma uygulaması esas olmuştur. Bunlar, hakkında şikâyet yapılan devlet dışındaki AİHS tarafı devletler, uluslararası kuruluşlar ve organlar, sivil toplum kuruluşları ve ulusal seviyede görülen davada taraf olanlardır.

AİHS tarafı devletler dilekçe ile yahut AİHM'nin re'sen yaptığı davet üzerine davaya katılabilir. Başlangıçtan itibaren davaya taraf ol-

¹ EGMR, Young, James ve Webster/Grossbritannien, 7601/76, 7806/77, 13.08.1981, Z.8; EGMR, Winterwerp/Niederlande, 6301/77, 24.10.1979, Z.7

mayan AİHS tarafı devletler bakımından davaya müdahil olabilmek için iki olanak bulunmaktadır. Şikâyetçi, hakkında şikâyet yapılan devletin vatandaşı ise AİHS tarafı bu devlet başka bir koşul aranmaksızın AİHM'nin davaya bakan dairesine veya Büyük Daire'ye yazılı görüş verebilir ve duruşmaya katılabilir.² AİHM'nin Usul Tüzüğü'nün 44. md, 1. fıkra, b-bendine göre bu devletin görüş vermek istediğini bildirmesi yeterlidir ve AİHS tarafı bu devletin duruşmalara katılması bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Diğer üye devletler bakımından AİHS'nin 36. madde, 2. fıkrasındaki genel düzenleme geçerlidir. Bu çerçevede müdahil devlete yazılı görüş vermenin yahut (istisnai olarak) duruşmalara katılma olanağının verilmesi şeklin mahkeme başkanının (uygulamada daire başkanının) takdirine bırakılmıştır. AİHM'nin uygulaması müdahil devletler görüş bildirmek istedikleri takdirde mahkeme başkanının buna izin vermesi yönünde gelişmiştir.

Uluslararası kuruluşların ve organlarının müdahil olma durumu müdahil olmanın bir başka örneğini vermektedir. Münferit organların yetkileri ve amacına göre müdahil olma farklı hedeflere hizmet etmektedir. Üye devletlerin müdahil olması durumunda olduğu gibi bu çerçevede de hukukun korunması ön planda yer almaktadır.³ AİHM uluslararası kuruluşları ve organlarını hukuki çözüme ulaşılmada yardım almak amacıyla re'sen davaya müdahil olarak davet etmektedir. AİHM bu çerçevede bilirkişi olarak Avrupa Konseyi'nin kurumlarını da kullanmaktadır. AİHM bu bakış açısı ile geçmişte birçok kez Avrupa Konseyi bünyesinde anayasa konusunda uzman komisyon olarak görev yapan Venedik Komisyonu'nu, hukuki sujeliği olmamasına ve verilecek karardan Venedik Komisyonu'nun etkilenme durumu bulunmamasına AİHS'nin 36. madde, 2. fıkrasında yer alan müdahil olma koşulları gerçekleşmemiş olmasına rağmen müdahil olarak davet etmiştir yahut onun müdahil olma talebini kabul etmiştir.⁴

² AİHS md. 36, fık.1

³ (AB Komisyonu'nun müdahil olduğu dava için bkz.: EGMR, Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/İrlanda GC), 45036/98, 30.06.2005, Z.9

⁴ Venedik Komisyonu AİHS'nin 36. md., 2. fık. istinaden Balkan'larda insan hakları ihlalleri ile ilgili iki davada görüş bildirmiştir. Bknz.: EGMR, Bijelić/Montenegro und Serbien, 11890/05, 28.04.2009; EGMR, Sedić und Finci/Bosnien und Herzogovina (GIC), 27996 und 34836/06, 22.12.2009

Avrupa Konseyi bünyesinde birkaç yıl önce oluşturulan İnsan Hakları Komiserliği de birçok kez re’sen yapılan davet üzerine AİHM’de görülen davalara katılmıştır. AİHS’nin 36. madde, 3. fıkrasına göre İnsan Hakları Komiseri davanın görüldüğü daire yahut Büyük Daireye davayla ilgili görüş verebilir ve duruşmalara katılabilir. İnsan Hakları Komiseri bu düzenleme ile vatandaşı tarafından dava açılan devlet gibi davaya müdahil olma olanağı elde etmiştir.⁵ AB’nin AİHS’ne katılımı söz konusu olduğu takdirde (Lizbon Sözleşmesi’nde öngörülen düzenlemeye istinaden) AB’nin AİHM’de görülen davalara AİHS’de yer alan hukuk düzeninin korunması amacı ışığında müdahil olması mümkün olacaktır. AB’nin AİHS’ne katılımı, AİHS bağlamında insan haklarının korunmasına ilişkin Birlik çıkarlarının ve AİHS tarafı devletlerin çıkarlarının örtüşmesini temin edecektir.⁶

Üçüncü taraf olarak davaya müdahil olan uluslararası örgütler de AİHM’de görülen davalara aynı misyonlarla katılmaktadır. BM organları ile Avrupa Konseyi organları ve kurumlarının AİHM’de müdahil olmaları bu tabloyu yansıtmaktadır. Bu kuruluşlar ve organlar davaya kendi çıkarlarını temsil için değil, AİHM’nin karar oluşturmasında hukuki yardım anlamında birikişi işlevi görmek için müdahil olmaktadır. Önem taşıyan sorunlarla bağlantılı olarak genel yahut belli insan haklarını koruma amacına sahip sivil toplum kuruluşları da dilekçe yolu ile yahut AİHM’nin re’sen davet üzerine AİHM’de görülen davalarda müdahil olabilmektedir.⁷ Sivil toplum örgütleri öncelikle genel olarak insan haklarının yorumu ve saptanması bağlamında insan haklarını koruma uygulamasına katkı sağlamaktadır. Şikâyetçilerin desteklenmesi de büyük ölçüde müdahil olan sivil toplum kuruluşunun amaçlarından biridir. İnsan hakları odaklı çalışan sivil toplum örgütleri aynı zamanda Uluslararası Hukuk’un geliştirilmesi, bağış yapılmasını

⁵ Laurence Burgogues-Larsen, “Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l’homme ou le rôle stratégique des amici curiae (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde görülen davalara müdahil olma- amicus curiae’nin stratejik rolü)”, Prof. Dr. Jean Paul Costa için Armağan, IJBF, 2012, Berlin/Munich Vol.33, s.67-82, De Gruyter,

⁶ Walter Obwexer, “Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen”, EuR 2012, Heft 2, s.115 vd.

⁷ Karner davasında ILGA-Europe’un (European Region of the International Lesbian and Gay Association) davaya müdahil olmasına izin verilmiştir; EGMR, Karner/Österreich, 40016/98, 24.07.2003, Z.8

sağlamak, insan hakları alanında kamuoyunun dikkatini çekmek gibi amaçlar takip etmektedir. Uluslararası mahkemelerde müdahil olmak sivil toplum kuruluşlarının amaçlarına erişmeye matuf stratejilerinin önemli bir parçasıdır.⁸

Uluslararası sivil toplum kuruluşlarının müdahil olduğu davalardan en bilineni çok sayıda müdahilin yer aldığı Büyük Daire’de görülen Lautsi-İtalya davasıdır.⁹ Bu davada Avrupa Parlamentosu’nun 33 üyesi, Yunanistan’ın Helsinki monitörü (gözlemcisi), düşünce özgürlüğü ile ilgili bir İtalyan sivil toplum kuruluşu, Hukuk ve Adalet İçin Avrupa Merkezi,¹⁰ Eurojuris, Uluslararası Hukukçular Komisyonu, Interrights ve Human Rights Watch, AİHS tarafı 10 devlet şikâyetçi aleyhine müdahil olarak katılmıştır.¹¹ Duruşmada dokuz AİHS tarafı devlet temsil edilmiş, bunlardan bir kısmı duruşmada savunma yapmıştır. Wasmuth-Almanya davasında şikâyetçi kilise vergisinin alınmasını AİHS’nin 8. maddesinin ihlâli olarak ileri sürmüştür. Bu davada da şikâyetçi aleyhine Almanya Protestan Kilisesi ve Alman Diözesen Kuruluşu müdahil olarak davaya katılmıştır.¹²

İç hukukta görülen davanın taraflarının AİHM’de görülen davada müdahil olması gerek usul hukukunda gerekse AİHM uygulamasında tatmin edici bir görüntü vermemektedir. Bireysel başvuru öncesi iç hukukta görülen davada bu kişiler genellikle bireysel başvuru yapan şikâyetçinin hasmıdır. Bu kişilerin yerine AİHM’de bu kişileri temsil eden ulusal kuruluşlar davada müdahil olmaktadır.¹³ İç hukuk açısından bu kişilerin davaya müdahil olması doğal olarak kabul edilirken, Uluslararası Hukuk açısından bu kuruluşların müdahil olması uygulamada eleştiri konusu olmaktadır.

⁸ Laura van den Eynde, “An Empirical Look at the Amicus Curiae Practice of Human Rights Ngos before the European Court of Human Rights” bknz.: Wolfgang Benedek et al (Hrsg.), European Yearbook on Human Rights 2011, Vol.11, s.539, Intersential Publishers

⁹ EGMR, Lautsi et al/Italien (GK), 30814/06, 18.03.2011

¹⁰ European Center for Law and Justice

¹¹ Ermenistan, Bulgaristan, Kıbrıs Cumhuriyeti, Rusya Federasyonu, Yunanistan, Litvanya, Malta, Monaco, Romanya ve San Marino

¹² EGMR, Wasmuth/Deutschland, 12884/03, 17.02.2011

¹³ von Hannover davasında, Dergi Yayınevleri Birliği davada müdahil olmuştur: EGMR, von Hannover/ Deutschland, 59320/00, 24.06.2014, Z.6

II - Davaya Müdahil Olmada GÜdülen Amaç

Üçüncü kişilerin AİHM’de görülen davalara müdahil olmasında üç farklı amaç karşımıza çıkmaktadır. Bunlar, uzmanlık bilgilerinden yararlanma, çıkarların temsili ve bireysel hukuki pozisyonların korunmasıdır. İlk müdahil olma durumunda, uluslararası kuruluşlar ve uzman heyetler AİHM’in uzmanlık alanı olmayan konularda özel bilgiler sunarlar. Bu kuruluşların davaya müdahil olması AİHM’nin araştırma yapmak ve gerekçe hazırlamak için harcayacağı zamandan tasarruf etmesini ve aynı zamanda AİHM’nin kararlarının dayanaklarının güçlenmesini temin eder. Müdahil olma amaçları içinde yer alan çıkarların temsili çerçevesinde yine bir ayırım yapılması gerekmektedir. Dünya çapında faaliyette bulunan sivil toplum kuruluşları uluslararası mahkemelerde müdahil olma prosedürünü evrensel yahut bölgesel olarak insan haklarını koruma amaçlarını gerçekleştirme stratejisi olarak kullanmaktadır.

Benzer amaçları ulusal seviyede kurulan ve faaliyet gösteren sivil toplum örgütleri de takip etmektedir. Özellikle çok kutuplu temel hak ilişkilerinde farklı temel hak pozisyonları iddia eden kuruluşlar ve birlikler (geçmişte inanç özgürlüğü ile bağlantılı olarak kilise ve kilise benzeri kuruluşların davaya müdahil olması örneklerinde olduğu gibi) davaya katılabilir. Çıkarların temsili AİHS tarafı diğer devletlerin davaya müdahil olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Burada önemli olan husus AİHS tarafı devletlerin ulusal ve uluslararası çıkarlarını dava çerçevesinde temsil etmeleridir.

Müdahil olma amaçlarından üçüncüsü bireysel çıkarlara ilişkindir. Bireysel çıkarları nedeniyle müdahil olanlar ağırlıklı olarak ulusal prosedürde taraf olan, bireysel başvuru yapan şikâyetçinin kabul etmediği hukuki pozisyonu savunan kişilerdir. Bu kişilerin davaya müdahil olması bireysel temel hakların korunması açısından, öncelikle temel hakların işlevi, taraflar arasında silah eşitliğinin uluslararası seviyede de sağlanması bakımından önemlidir.

SONUÇ:

AİHS’nin yürürlüğe girdiği dönemde üçüncü tarafların davaya müdahil olmasıyla ilgili bir hukuki dayanak anlaşma metninde öngörülmemiştir. Bugünkü AİHS metni de müdahil olma konusunu sadece

sınırlı şekilde düzenlemektedir. AİHS'nin 36.madde, 2.fıkrası üçüncü tarafların davaya müdahil olmasını "hukukun korunması adına" caiz görmekte ve müdahil olacakları etkilenen kişiler olarak belirlemektedir. 36. madde, 2. fıkranın lâfzı dava taraflarının sivil toplum örgütlerine nazaran AİHM'de müdahil olma bakımından daha tercihli bir konumda olduğunu göstermektedir. Madde hükmünde sözü geçen kişi kavramının gerçek yahut tüzel kişiler arasında müdahil olma konusunda bir ayırım yapmadığı hususunda mutabakat bulunmaktadır. AİHS'nin sistematigi içinde Sözleşme'nin 36. maddesinde yer alan kişi kavramının (34. madde gerçek kişiler ve hükümet dışı kuruluşlar ve kişi grupları arasında açıkça ayırım yapsa da) geniş anlaşılması gerekmektedir. Etkilenme kriteri her ne kadar AİHM uygulamasında ölçü olarak ele alınsa da sınırlandırıcı bir boyut taşımaktadır. Sivil toplum kuruluşlarının koruma amaçları içinde yer alan davalara müdahil olmasına, örgütün amaçlarının etkilenmesi durumunda itiraz edilmemektedir. Şikâyetçinin ve hakkında şikâyet yapılan AİHS tarafı devletin safında AİHS tarafı devletlerin müdahil olma taleplerinde "etkilenme kriteri" prensip olarak sıkı denetlenmemektedir. Münhasıran doğrudan AİHS tarafı devletlerin hukuki durumlarının etkilendiğinin kabul edildiği bireysel başvuru prosedürlerinde ise buna karşılık hukuku koruma adına bir gereklilik bulunmadığına istinaden sivil toplum kuruluş ve birliklerinin davaya müdahil olmasına prensip olarak izin verilmemektedir.

Problem teşkil eden bir husus da ulusal seviyede görülen davada taraf olanların müdahil olmak için AİHM'nin şikâyeti hakkında şikâyet yapılan devlete iletmesinden itibaren 12 haftalık süre içinde yapması gerekmesi nedeniyle müdahale taleplerinin akamete uğrama riskidir. Bu durum öngörülen sürenin kısalığı nedeniyle değil, süreyi başlatan koşul olarak şikâyet edilen devletin hükümetine yapılan bildiri zamanında öğrenememe riskinden ileri gelmektedir. Şikâyetçinin davadaki hasım devletten başka bir üye devletin vatandaşı olması durumunda bu devlete hakkında şikâyet yapılan devletin hükümeti ile paralel tarihte şikâyetin bir kopyası gönderilmektedir.¹⁴ Diğer durumlarda etkilenme durumunda olan üçüncü taraf tesadüfen yahut üçüncü bir tarafın yardımı ile sürenin başladığını öğrenmektedir. Silahlar-

¹⁴ Usul Tüzüğü md. 44, fık. 1, a-bendi

da eşitliği temin adına daire başkanının bu bağlamda ulusal seviyede görülen davanın taraflarını ya AİHS’nin 36. madde, 2. fıkra, a-bendine göre re’sen davaya müdahil etmesi, ya da en azından şikâyetin hükümete ileildiği konusunda ulusal davanın taraflarına bilgi vermesi beklenmektedir.

AİHM bunun yerine son zamanlarda üçüncü taraflara internet üzerinden şikâyetin hükümete ileildiği tarihi duyurmaktadır. Bu tutum adil yargılanma prosedürüne uygun değildir. Usul tüzüğü 12 haftalık sürenin hesabında hükümete yapılan bildirim tarihini esas almaktadır. Bu tarih her zaman internette yapılan duyuru tarihi ile paralel olmaktadır. Diğer taraftan, ulusal seviyede nihai mahkemede davayı kazanan tarafın ulusal anayasa mahkemesinde anayasa şikâyeti davasını kaybeden hasmının, AİHM’ye yaptığı bireysel başvurusunun hükümete tebliği edildiğini internet yoluyla takip etme beklentisi abartılı gözükmektedir.

Federal Almanya’ya karşı yapılan bireysel başvurularda prosedüre müdahil olabilecekler bakımından söz konusu olabilecek bu olumsuz sonuç Federal Hükümetin (somut olarak Adalet Bakanlığının) ulusal seviyede görülen davanın taraflarına şikâyetin kendisine tebliği edildiğini bildirmesi ile önlenmektedir. Federal Almanya’nın takdir edilmesi gereken bu tutumunun AİHM tarafından yapılacak bir bildirimini ikâme ettiği kabul edilmemektedir. Bu bağlamda adil yargılama prensibinin gereğinin yerine getirilmesinden prosedürün tarafı AİHS tarafı devletin değil, AİHM’nin sorumlu olduğunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Üçüncü tarafın prosedüre katılması adil yargılamanın temel prensiplerinden biridir. Diğer bir ifade ile davaya müdahil olmak isteyenlerin dilekçe hakkının daraltılmaması, davaya müdahil olarak kabul edilme durumunda ayrıca görüş bildirilmesi için öngörülen prosedürün icrasına uygun bir sürenin verilmesi gerekmektedir.

Özellikle Büyük Daire’de cereyan eden prosedürde uluslararası faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşlarının yardımı insan haklarının gelişimine katkı yapmaktadır. Büyük Daire’de görülen davalara sadece uluslararası kamuoyu ve medya ilgi göstermemekte, çok sayıda üçüncü taraf da müdahil olmaktadır. Günümüzdeki uygulama uluslararası sivil toplum örgütlerinin müdahil olmasının kolaylaştırılması

yönünde bir eğilimin bulunduğunu göstermektedir. AİHM Usul Tüzüğü geçerli şekli ile AİHS'nin 6. maddesinde yer alan dava taraflarının eşit olanaklara sahip olması gerekliliğini müdahil olma bağlamında tam olarak yerine getirmemektedir.

AİHM'nin anayasa mahkemesi benzeri özellikleriyle Avrupa'da insan haklarının gerçek koruyucusu olması usul hukuku bakımından da kendisini kabul ettirmesine bağlıdır. Geçmişte çok sık olarak Avrupa Anayasa Mahkemesi olarak nitelendirilen AİHM'nin günümüzde henüz kendisine verilen nihai rolü oynadığı kabul edilmemektedir. Avrupa Konseyi bünyesinde AİHS'de öngörülen kesin ve bağlayıcı çerçevede çalışmakla mükellef olan AİHM, çok kutuplu insan hakları ilişkileri bağlamında kendisine verilen görevleri usul hukuku gerekliliklerine uygun olarak yerine getirdiği nispette gerçek bir Avrupa Anayasa Mahkemesi kimliği kazanacaktır.

Kaynakça

Makaleler

- van den Eynde Laura, "An Empirical Look at the Amicus Curiae Practice of Human Rights Ngos before the European Court of Human Rights" bkz.: Wolfgang Benedek et al (Hrsg.), *European Yearbook on Human Rights*, 2011, Vol.11, s.539, Intersential Publishers
- Obwexer Walter, "Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und. Rechtsfolgen", *EuR* 2012, Heft 2, s.115 vd.
- Burgogue-Larsen Laurence, "Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'homme ou le rôle stratégique des amici curiae (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde görülen davalara müdahil olma- amicus curiae'nin stratejik rolü)", Prof. Dr. Jean Paul Costa için Armağan, *IJBF*, 2012, Berlin/Munich, Vol.33, s.67-82, De Gruyter,

