

# 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

### Yayımdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

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

### Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

### Eşğüdüm 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 Nuhuoğlu

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 Başkanliğı

Yayın İşleri Müdürlüğü

Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8

06520 Balgat - ANKARA

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

web:www. barobirlik.org.tr

e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

### Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 300 TL.

### Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

### Basım Yeri / Printed by

ARCS Matbaa

Zübeyde Hanım Mah. Aslanbey Cad.

Tuna Han No: 101/2D İskitler / ANKARA

0 (312) 384 24 01

Sertifika No: 49427

**Basım Tarihi / Printing Date : 17. 01. 2023**

\* (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 oranlı olmasına dikkat edilmeli, sayılılt arasındaki makale sayısı dengeli olmalıdır*" kuralı yazar tarafından dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Editör tarafından yazının Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, bu bildirim yazar tarafından kabul edilmiş olur (Örneğin; Şubat/2021 itibarıyla Dergi'ye bir yazı gönderildiğinde, yazının kabul edildiği ve hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, yazar bunu kabul etmiş olur ve daha sonra herhangi bir itiraz/yazının daha önceki bir sayıya alınmasını isteme gibi bir hakkı söz konusu olmaz).

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

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

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

### **Yayın Kuralları**

1. Yazı, [yayin@barobirlik.org.tr](mailto: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, içindikiler, kısaltmalar vs. kısımlar).
6. Yazının ilk sayfasında makalenin başlığı, İngilizce başlık, özet, anahtar kelimeler, İngilizce özet ve İngilizce anahtar kelimeler bölümlerine belirtilen sırada yer verilmeli, bu bölümler çok uzun ise kısaltılmalıdır.
7. Dipnot numaralandırmaları, **noktalama işaretlerinden (nokta, virgül, noktalı virgül, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden)** sonra yapılmalıdır.
8. Dipnotlarda ve kaynakçada, koyu renkle, altı çizili ve/veya italik yazılan kısımlar (yayın kurallarında italik yazılacağı belirtilenler hariç) düzeltilmeli ve internet kaynaklarındaki alt çizgiler kaldırılmalıdır.
9. Dipnotlar sayfa altında gösterilmeli, dipnotlarda, yazarın adı soyadı şeklindeki düzene uyulmalı, yazar ad ve soyadının sadece baş harfleri büyük ve ad soyadının sonunda sadece virgül olmalıdır. Örneğin: Faruk Erem,  
Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırasıyla yazılmalıdır.  
Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
10. Yazının kaynakça kısmında, yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalı, varsa numaralandırmalar kaldırılmalı, yazar soyadı ve adının sadece sonuna virgül konmalıdır.  
Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.  
**Kaynakça kısmı; Kitaplar, Makaleler, Mahkeme Kararları, İnternet Kaynakları, Diğer Kaynaklar gibi bölümlere ayrılarak yazılmalıdır.**
11. Dipnotlarda ve kaynakçada yazar ve eser adlarının doğru yazıldığından emin olunmalıdır.

## İmla ve Yazım Kuralları

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

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

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

### Etik İlkeler

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

# İÇİNDEKİLER / CONTENTS

## BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

## HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

### 1 **Tijen DÜNDAR SEZER**

Çocuk Hakları Komitesine Bireysel Başvuru Usulü Üzerine Bir Değerlendirme / An Assessment on the Procedure of Individual Complaint to the Committee on the Rights of the Child

### 55 **Hasan TUNÇ / Murat OSMA**

Kanuni İdare İlkesi Kapsamında Türk ve KKTC Hukukunda Olağan Dönem Kararnameleri ve Yargısal Denetimi / Ordinary Term Decrees and Their Judicial Supervision in Turkish and TRNC Law Within the Scope of Legal Administration Principle

### 97 **M. Nedim BEKRİ**

Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Ticareti Suçunda (TCK M. 188/3) Delillerin Toplanması ve Failin Kastının Belirlenmesi / Collection of Evidence and Determination of Perpetrator's Intent in Drugs or Stimulants Trafficking Offense (TPC Art. 188/3)

### 155 **Olcay HAYTA**

Statüden Sözleşmeye, Sözleşmeden İsteme Hukuk Biçiminin Dönüşümü / From Status to Contract, From Contract to Claim Transformation of the Form of Law

### 177 **Zübeyir BAKMAZ / Memduh DURSUN**

Bir Peçeleme Yöntemi Olarak Vakıf Üniversitelerine Yapılan Bağışların Kurumlar Vergisi Açısından İncelenmesi / Examination of Donations Made to Foundation Universities in Terms of Corporate Tax as a Method of Tax Veiling

### 207 **Aras ÖZKAN**

Yapay Zekâ Tarafından Üretilen Fikir ve Sanat Ürünlerinin Korunması / The Protection of Intellectual and Artistic Products Produced by Artificial Intelligence

### 239 **M. Serhat SARISÖZEN**

TBB Meslek Kurallarının "Yargı Organlarıyla ve Adli Mercilerle İlişkiler" Başlıklı İkinci Kısımının Değerlendirilmesi ve Bazı Maddelerinin Değişimine Olan İhtiyaç / Evaluation of the Second Part of the Professional Rules of the Turkish Bar Association Titled "Relations with the Judicial Bodies and Judicial Authorities and the Need to Change Some of its Provisions

**263 Ertunç MEGA**

Sağlık Mensuplarının Mali Sorumluluk Sigortalarına Yönelik İsimden Kapsama Bir Eleştiri / A Critical Analysis of Healthcare Professionals Liability Insurances from Naming to Scope

**MAKALELER / ARTICLES**

**313 Hamdi YASAMAN**

Kat Mülkiyeti Kanunu'na Göre Toplu Yönetime Geçememiş Şahıs Topluluğunun Hukuki Durumu







# ÇOCUK HAKLARI KOMİTESİNE BİREYSEL BAŞVURU USULÜ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

## AN ASSESSMENT ON THE PROCEDURE OF INDIVIDUAL COMPLAINT TO THE COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD

Tijen DÜNDAR SEZER\*

**Özet:** Çocuk Hakları Sözleşmesi metni içinde denetim aracı olarak sadece rapor usulüne yer verilmesi, Sözleşmenin denetim mekanizmasının fazla etki doğurmamasını beraberinde getirmiştir. Mekanizma içinde bireysel başvuru usulünün bulunmaması çocuk haklarının yaşama geçirilmesi açısından eksiklik oluşturmuştur ve bu eksiklik “Başvuru Usulüne İlişkin Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne ek İhtiyari Protokol” ile kapatılmıştır. Her ne kadar çocuklar için farklı uluslararası sözleşmeler nezdinde bireysel başvuru usulü işletilebilmekteyse de Üçüncü İhtiyari Protokolün yürürlüğe girmesiyle hem çocuklara yönelik geniş bir hak kataloğu için başvuru yapılması sağlanmış hem de bireysel başvuru süreci içinde çocuklara duyarlı yöntemler benimsenmiştir.

Bu çalışmanın amacı Çocuk Hakları Sözleşmesi sisteminde bireysel başvuru usulünü, korunan haklar, sürecin işleyişi ve sonucu açısından ayrıntılı olarak açıklayarak, çocukların haklarının korunmasına katkı sağlamaktır. Bireysel başvurular sonucunda alınan kararlar/Görüşler çocuk haklarını somutlaştırmakta ve ulusal hukuklara etki etmektedir. Çocuk Hakları Komitesi bireysel başvuruların çocuklara duyarlı olarak ele alınması için bir yandan usul kuralları benimserken bir yandan da içtihatla mevcut kuralları çocuğun yüksek yararı ve çocukların görüşlerinin alınması ilkeleri çerçevesinde yorumlamaktadır. Çalışmamızda bireysel başvuru süreci Komite’nin kararları/Görüşleri ışığında ele alınarak değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Çocuk Hakları, Bireysel Başvuru, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çocuk Hakları Komitesi

**Abstract:** Only the reporting procedure was included in the Convention on the Rights of the Child monitoring mechanism, and therefore the Convention’s supervisory system did not have much impact. The absence of an individual complaint procedure in

\* 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: 03.11.2022, Kabul Tarihi: 05.12.2022

the mechanism created a deficiency in the implementation of children's rights, and this deficiency has been compensated with the "Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on Communication Procedure". Although the individual complaint procedure can be applied for children under different international conventions, with the entry into force of the Third Optional Protocol, applications for a wide range of rights for children have been made possible, and child-sensitive methods have been adopted in the individual complaint process.

The aim of this study is to contribute to the protection of children's rights by explaining in detail the individual application procedure, in terms of protected rights, the functioning and the outcome of the process. Decisions/Views taken as a result of individual complaints determine the scope of children's rights and affect national laws. The Committee on the Rights of the Child ensures that individual complaints are handled sensitively to children. To this end, it adopts procedural rules on the one hand, and interprets existing rules within the framework of the principles of the best interests of the child and seeking the views of children in its jurisprudence.

**Keywords:** Children's Rights, Individual Complaint, Convention on the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child

## GİRİŞ

1990 yılında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS), çocukları hak sahibi olarak kabul edip çocuklara çok geniş yelpazede haklar tanımakla, çok önemli bir gelişmeye imza atmıştır. Bununla birlikte, Sözleşmenin denetim mekanizması içinde sadece rapor usulüne yer verilmesi, hakların denetlenmesi açısından etkisiz sonuç doğurmuştur ve çocuk haklarının dünya genelinde gerçekleşmesinde fazla yol alınamamıştır. Denetim mekanizmasının güçlendirilmesi için "Başvuru Usulüne İlişkin Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne ek İhtiyari Protokol" (Üçüncü İhtiyari Protokol) 2011 yılında kabul edilmiş olup, 2014 yılında yürürlüğe girmiştir. Üçüncü İhtiyari Protokol, denetim sistemine bireysel başvuru, devlet başvurusu ve soruşturma usullerini eklemektedir. Türkiye, Protokol'e 2018 yılından bu yana taraftır. Çalışmamızda toplumun kırılğan kesimi olan çocukların haklarının gerçekleşmesindeki öneminden dolayı özellikle bireysel başvuru usulü ele alınmaktadır.

ÇHS, dokuz temel BM insan hakları sözleşmesi içinde bireysel başvuru usulünü bünyesine katan son Sözleşme olmuştur. Bu açıdan, Üçüncü İhtiyari Protokol'ün bireysel başvuru usulünü kabul etmesiyle, BM temel insan hakları sözleşmeleri için eksik halkanın tamamlan-

dığı söylenebilir. Bireysel başvuru usulüyle, mağdur birey ve birey gruplarına Çocuk Hakları Komitesine (ÇHK) başvuru imkânı sağlanmakta olup; ÇHK, Sözleşme ve ihtiyari protokollerde yer alan hakları somutlaştırabilmekte ve hak ihlallerini tespit edebilmektedir. Komitenin Görüşler yoluyla devletlere tavsiyelerde bulunup takip sürecini işletmesi, ÇHS'deki hakların yaşama geçmesi açısından etki yaratmaktadır.

ÇHS sistemi içinde başvurucuların doğrudan çocuklar ya da onlar adına hareket edenler olmaları, Üçüncü İhtiyari Protokol'ün çocukların özel durumunu göz önüne alan bir takım ilke ve kurallar içermesini beraberinde getirmiştir. Bireysel başvuru usulünün işleyişine ilişkin ÇHK'nin kabul ettiği Usul Kuralları ve Çalışma Metotları da çocuğa duyarlı bir bakış açısı yansıtmıştır. Bu bağlamda ÇHS sistemi içinde bireysel başvuru usulünü diğer sistemlerden ayıran en önemli özellikler çocuklara özgü geniş hak katalogunun korunması ve çocuklara duyarlı yöntemlerin benimsenmesidir.

Çalışmamızın amacı çocuk haklarının korunmasında ve gelişiminde önemli bir merhale olan bireysel başvuru usulünün işleyişini ve etkilerini açıklamak, sorunlu yönleri ortaya koymaktır.

Çalışmamızda öncelikle ÇHS'nin temel özelliklerini ve ana metinde yer alan rapor usulünü kısaca ortaya koyduk. Ardından Üçüncü İhtiyari Protokol'ü genel olarak yapılışı, kabul ettiği ilkeler ve denetim araçları açısından inceledik.

Bireysel başvuru usulüne ilişkin olarak, Komite'nin kişi, konu, yer ve zaman açısından yetkisi ile Üçüncü İhtiyari Protokolde açıkça sıralanan kabul edilebilirlik şartlarına Komitenin içtihadı ışığında yer verdik. Bireysel başvurunun işleyişi içinde önem taşıyan geçici önlem alınması, üçüncü taraf müdahalesi, esasa ilişkin karar alınması (Görüşler) ve dostça çözüm anlaşmaları aşamaları ile karar/Görüşlerin takip sürecini de yine içtihat ışığında ele aldık.

Üçüncü İhtiyari Protokol'ün ortaya koymuş olduğu ÇHK'ye ilişkin yol gösterici iki temel ilke olan çocuğun yüksek yararı ile çocuğun hak ve görüşlerinin göz önüne alınması ilkeleri, ÇHK'nin koymuş olduğu usul kurallarına ve içtihada etki etmektedir. Çalışmanın bütününde bu bakış açısına yer vermekle birlikte, ayrıca son kısımda ÇHS sistemi

içinde bireysel başvuru usulünü diğer mekanizmaların içindeki bireysel başvuru yollarından ayıran çocuğa duyarlı yöntemleri sıralamaya çalıştık. Kanaatimizce Çocuk Hakları Komitesine bireysel başvuruyu ayırıcı kalan en önemli hususu da söz konusu çocuğa duyarlı yaklaşım oluşturmaktadır.

## I. ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE DENETİM SİSTEMİNE GENEL BİR BAKIŞ

### A. GENEL OLARAK ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ

1989 tarihli ÇHS, pek çok açıdan yenilikler ve farklı bakış açıları getiren bir uluslararası Sözleşme'dir. Sözleşme'nin en önemli yönü çocuklara yönelik hak bazlı yaklaşımı ve çocukları hakların süjesi olarak kabul etmesidir. Çocuk haklarına ilişkin daha önce kabul edilen uluslararası metinlere bakıldığında, Milletler Cemiyeti nezdinde kabul edilen Çocuk Haklarına ilişkin Cenevre Bildirisi'nde (1924) o zamanın atmosferine uygun olarak çocukların haklarından ziyade, çocuğa karşı toplumun ödevlerine yer verilmişti. BM'nin kurulmasının ardından 1959 yılında ilan edilen Çocuk Hakları Bildirisi'nde (ÇHB) sınırlı olarak çocukların haklarına yer verilse de esas vurgu çocuğun korunması olmuştur. Söz konusu bildirimlerde çocuğun özerkliği, görüşlerine öncelik tanınması ya da güçlendirilmesi söz konusu değildi.<sup>1</sup> BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde çocuğun yardım görme hakkı ve sosyal korumadan yararlanması (m. 25);<sup>2</sup> BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde (KSHS) boşanma halinde çocuğun korunması,

<sup>1</sup> Michael Freeman, "Introduction, Children's Rights Past, Present and Future: Some Introductory Remarks" in: Freeman Michael (Ed.), *The Future of Children's Rights*, Brill-2014, (Introduction), s. 4; Ayrıca bkz. Sherilyn C. Baxter "The Suggestions on the Rights of the Child: Why the United Nations' Convention on the Rights of the Child is a Twenty-five Year Failure", *Journal of Global Justice and Public Policy*, Y. 2015, V. 2, s. 93; Çocuk haklarının tarihsel gelişimi hakkında bkz. Jaap E. Doek, "The Human Rights of Children: An Introduction" in: Ursula Kilkelly-Ton Liefwaard (ed.), *International Human Rights of Children*, (The Human Rights), Netherlands-2019, s. 4 vd; Peri Uran, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yorumları Işığında 1982 Anayasası ile Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Karşılaştırmalı İncelemesi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y.13, S. 26, Güz 2014/2, s. 97.

<sup>2</sup> Kathleen Boumans, "Filling the Gaps: New Proposals For the Convention on the Rights of a Child", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Y. 2015, Vol. 43: No. 1, s.193.

koruma tedbirlerine ilişkin hak ile vatandaşlık kazanma hakkı (m. 23, 24); BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde (ESKHS) ise çocuklar ve gençler için özel koruma ve yardım tedbirleri alınması, çocukların ekonomik ve toplumsal sömürüye karşı korunmaları ile çalışmalarına ilişkin güvence getirilmesi gereği (m. 10) düzenlenmiştir.

Zaman içinde, çocuklara ilişkin hak bazlı yaklaşımın ön plana çıkmasıyla birlikte, 1970'lerin sonuna doğru çocuk hakları konusunda uluslararası bir sözleşme kabul edilmesi için başta Polonya olmak üzere bazı devletler önyak olmuştur. BM İnsan Hakları Komisyonu'nca 1979 yılı Uluslararası Çocuk Hakları Yılı ilan edilmiş ve aynı yıl yine Komisyon tarafından ÇHS'ye ilişkin taslak hazırlanması için bir çalışma grubu kurulmuştur.<sup>3</sup> On yıllık bir çalışmanın ardından, taslak BM Genel Kurulunda 20.11.1989 tarihinde kabul edilmiştir.<sup>4</sup> Devlet delegasyonları, hükümetler arası delegasyonlar ve uluslararası sivil toplum kuruluşları (STK) arasında uzun müzakerelerin ve önemli bir uzlaşmanın ürünü olan ÇHS'de yer alan hükümlerin önemli bir bölümü, üzerinde uzlaşılması kolay olmayan konulardır.<sup>5</sup> Bununla birlikte, ÇHS, bugün itibarıyla dünyada en fazla devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmedir. BM'ye üye devletler içinde ABD hariç tüm devletler sözleşmeyi onaylamıştır. Türkiye 1995 yılından beri Sözleşme'ye taraftır.<sup>6</sup> ÇHS, dünyada en fazla ülke tarafından onaylanan bir sözleşme

<sup>3</sup> Baxter, s. 92.

<sup>4</sup> Sözleşme, BM Genel Kurulu'nun 44/25 sayılı kararıyla 61. genel oturumunda 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiştir. Sözleşme, 20. ülkenin onay belgesinin BM Genel Sekreteri nezdine tevdi tarihini izleyen 30. günde, yani 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>5</sup> Michael Freeman, "The Future of Children's Rights, Children and Society", V. 14, Y. 2000, (Children's Rights), s. 277, 278; Çok farklı gelenek, kültür, din ve hukuk kurallarına sahip devletlerin uzlaşmakta zorluk çektiği başlıca konular ailenin yetkilerinin kapsamı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, fetüsün durumu, zararlı geleneksel uygulamalar ve evlat edinmedir; tartışmalı konular konusunda ayrıca bkz. Doek, The Human Rights, s. 9 vd.

<sup>6</sup> 196 devlet Sözleşmeye taraftır. <https://indicators.ohchr.org>, 08.10.2022; 193 BM üyesi devletin 192 tanesi Sözleşmeye taraftır. ABD, Sözleşmeyi imzalamış ancak onaylamamıştır. (ABD Sözleşmeye ek ilk iki protokolü onaylamıştır.) Sözleşmeye taraf olan son iki devlet Güney Sudan ve Somali'dir. BM üyesi devletlerin dışında, Cook Adaları, Niue, Filistin Devleti ve Vatikan Sözleşmeye taraftır. Bkz. Julia Sloth-Nielsen, "Monitoring and Implementation of Children's Rights" in: Ursula Kilkelly-Ton Liefaard (ed.), International Human Rights of Children, Netherlands-2019, s. 34. Türkiye Sözleşme'yi 1990 tarihinde imzalamış ve 1994 yılında onaylamıştır. Onay belgesi 4 Nisan 1995 tarihinde tevdi edilmiştir; Boumans, s.194.

olmasının yanı sıra (196 devlet) aynı zamanda BM sözleşmeleri içinde imza törenine en fazla devletin katıldığı ve imzalanmasından itibaren en kısa zamanda (on ay içinde) yürürlüğe giren bir sözleşmedir.<sup>7</sup> Bütün bunlar, dünya devletleri arasında çocuk haklarının tanınması konusunda ihtiyacın bulunduğu ve bir konsensüsün oluştuğuna işaret etmektedir.<sup>8</sup>

ÇHS, çocuk haklarına ilişkin uluslararası alanda kabul edilen en kapsamlı belgedir.<sup>9</sup> ÇHS ile dünya ülkeleri çocuk haklarını aynı kavramlar üzerinden, aynı dille konuşmaya ve uygulamaya başlamıştır.<sup>10</sup> Sözleşme, çocuklara ilişkin düşüncelerin değişmesinde gerçek bir etki doğurmuştur; devletlerin hukuk kuralları ve içtihadına etki etmiştir.<sup>11</sup> Sözleşmeyi tek onaylamayan ülke olan ABD’de dahi çocuklara ilişkin ölüm cezası Sözleşme’nin etkisiyle kaldırılmıştır.<sup>12</sup> Ayrıca, bölgesel ve yargısal/yarı yargısal organlar olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi (AmİHM) ile Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (ASHK) de kararlarında, giderek artan ölçüde, ÇHS’ye gönderme yapmaktadır.<sup>13</sup>

ÇHS uyarınca, daha erken yaşta reşit olma durumu hariç on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılacaktır.<sup>14</sup> Sözleşme’de çocuklara tanınan haklara bakıldığında, hem diğer sözleşmelerde tanınan yaşam

<sup>7</sup> Thoko Kaime, *The Convention on the Rights of the Child, A Cultural Legitimacy Critique*, Europe Law Publishing, Amsterdam- 2011, s. 3; Baxter, s. 89.

<sup>8</sup> Kaime, s. 3

<sup>9</sup> Freeman, *Children’s Rights*, s. 277

<sup>10</sup> Jean Zermatten, “Foreword” in: Liefwaard Ton-Jaap E.Doek J.(Ed.), *Litigating the Rights of the Child, The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer- 2015, s. v.

<sup>11</sup> Ton Liefwaard -Jaap E. Doek, “Litigating the Rights of the Child: Taking Stock After 25 Years of the CRC” in: Ton Liefwaard -Jaap E. Doek (Ed.), *Litigating the Rights of the Child, The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer- 2015, s. 1.

<sup>12</sup> Freeman, *Introduction*, s. 5; örneğin çocuklara dayak atılmamasına ilişkin farklı ülkelerde yasalar çıkarılmıştır.

<sup>13</sup> Liefwaard /Doek, s. 2; Ursula Kilkelly, “The CRC in Litigation Under the ECHR, The CRC and the ECHR: The Contribution of the European Court of Human Rights to the Implementation of Article 12 of the CRC” in: Liefwaard T.-Doek J. (Ed.) *Litigating the Rights of the Child, The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer- 2015, s.194.

<sup>14</sup> m. 1; Sözleşme’de çocuk kavramı hakkında bkz. Noam Peleg, “International Children’s Law: General Principles”, in Ursula Kilkelly-Ton Liefwaard (ed), *International Human Rights of Children*, Netherlands-2019, s. 136; Bahar Doğan, *Uluslararası Sözleşmeler Işığında Çocukların Kişisel Hakları*, Ankara-2021, s. 59.



hakkı, dernek özgürlüğü, sosyal güvenlik hakkı gibi hakların hem de aile içinde istismara ve ihmale uğramama hakkı, aile çevresinden yoksun çocuk için yardım görme hakkı, evlat edinilen çocukların hakları gibi sadece çocuklara özgü hakların garanti edildiği görülmektedir.<sup>15</sup> Bir diğer bakış açısıyla Sözleşme, hem kişisel, siyasal hakları hem de ekonomik, sosyal ve kültürel hakları düzenlemektedir.<sup>16</sup> Sözleşme, hakların birbirleriyle olan ilişkisini ve bütünselliğini kabul etmektedir. Genel olarak, pek çok devlet sosyal haklar konusunda çekingenlik göstermesine rağmen, çocukların sosyal hakları konusundaki konsensüs dikkate değerdir. Sözleşmenin ilk kırk bir maddesi maddi hakları ve çocukların korunmasına ilişkin yükümlülükleri düzenlemektedir.

Sözleşmenin hak bazlı yaklaşımı, insan onuruna dayanmaktadır.<sup>17</sup> Sözleşme çocukları özerk hak sahipleri olarak kabul etmektedir.<sup>18</sup> Çocuklar hak sahibi olmakla birlikte, hakların kullanılması için sıklıkla temsil ya da yardım gereklidir. Çocuk, yeterliliği (capacity) zaman içinde geliştikçe, hakları kullanma ehliyetine sahip olacaktır. Sözleşmenin, çocuk haklarına dayanan yaklaşımı, çocuğun insan onuruna saygı duyulmasını ve çocukları bir kurban olarak görmekten ziyade onları hak sahibi olarak tanımayı içeren bir paradigma değişimini gerekli kılmaktadır.<sup>19</sup>

ÇHS, çocukların haklarının gerçekleşmesinde ve korunmasında devletlere pek çok ve ayrıntılı yükümlülük getirmektedir. Bununla birlikte çocuklar, haklarının gerçekleşmesi için devletin yanı sıra yetişkinlere de bağımlı durumdadır.<sup>20</sup> ÇHS, insan hakları sözleşmelerinde görülmeyen bir şekilde, ebeveyn, vasi ya da aile üyelerinin de görev ve yükümlülüklerine yer vermektedir.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> Zermatten, s. vi; Tekin Akıllıoğlu, İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemi, Ankara-2019, s. 522 vd.

<sup>16</sup> Zermatten, s. vi.

<sup>17</sup> Kaime, s. 172.

<sup>18</sup> Boumans, s. 197.

<sup>19</sup> Report on The Protection of Children's Rights: International Standards and Domestic Courts, Adopted by: European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), 98<sup>th</sup> plenary session, Venice, 21-22 March 2014, (Report on The Protection of Children's Rights), s. 5.

<sup>20</sup> Report on The Protection of Children's Rights, s. 5.

<sup>21</sup> Ör. m. 18 ve 27; bu yükümlülüklerin doğrudan Sözleşmenin kendisinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı net değildir. Report on The Protection of Children's Rights, s. 15.

ÇHK'ye göre taraf devletlerin Sözleşme'deki haklar konusunda koruma, saygı gösterme ve gerçekleştirme (sağlama) görevleri bulunmaktadır.<sup>22</sup> Bu bağlamda taraf devletlerin koruma yükümlülüğü çerçevesinde -ana baba ve çocuğa bakmakla yükümlü olan kişiler de dahil olmak üzere- üçüncü kişilerden çocuklara yönelen ihlaller dolaşısıyla yükümlülükleri bulunduğu açıktır.<sup>23</sup>

Sözleşme çocukların gelişimi için aile ortamının en iyisi olduğunu ve bazen çocukların haklarını kullanmaları ve haklarının korunması için aile üyelerine bağımlı olduklarını kabul etmektedir.<sup>24</sup> Ancak Sözleşme, çocukların gereksinimlerinin, ulusal hukuklar tarafından tanınan ailenin haklarına dayanılarak ihmal edilebildiği gerçeğine de yanıt vermektedir ve çocukların aile içinde korunma gereksinimi içinde bulunduğu kabul edilmiştir.<sup>25</sup> Sözleşme'nin bazı maddelerinde çocukların haklarının sağlanması için ana-babaya, çocuğun bakımını üstlenen kişilere veya vasilerine yardımda bulunulması<sup>26</sup> da düzenlenmektedir. Bu bağlamda Sözleşme'nin çocukları hakların öznesi olarak görmesi, çocukların korunmayacağı ya da haklarının korunmasında yardım almayacakları anlamına gelmemektedir. Sözleşme hem çocukların güçlendirilmesini hem de korunmasını esas almaktadır.<sup>27</sup>

ÇHK tarafından ÇHS'ye dayanılarak ve Sözleşme'nin yorumunda rehber alınacak dört temel ilke belirlenmiştir.<sup>28</sup> Bu ilkeler, ayrımcılık yasağı,<sup>29</sup> çocukla ilgili tüm işlerde çocuğun yüksek yararının gözetilmesi,<sup>30</sup> çocuğun yaşam ve gelişme hakkı,<sup>31</sup> çocuğu ilgilendiren tüm kararlarda çocuğun dinlenilmesine ilişkin haktır.<sup>32</sup>

<sup>22</sup> 13 no'lu Genel Yorum, p. 59.

<sup>23</sup> Müberra Algan, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları*, İstanbul-2021, s. 600.

<sup>24</sup> Barbara Woodhouse-Kathryn Johnson, "The United Nations Convention on the Rights of the Child: Empowering Parents to Protect Their Rights", in: Martha Albertson Fineman-Karen Worthington (ed), *What is Right for Children*, Routledge-2009, s. 9.

<sup>25</sup> Report on The Protection of Children's Rights, s. 5; md.9, md. 20.

<sup>26</sup> m.18., 24 ve 27; Doek, *The Human Rights*, s. 14.

<sup>27</sup> Peleg, s. 153.

<sup>28</sup> Liefgaard /Doek, s. 8; Doek, *The Human Rights*, s. 14.

<sup>29</sup> m. 2.

<sup>30</sup> m. 3; Çocuğun yüksek yararı ilkesi konusunda bkz. Memduh Cemil Şirin, "Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış", *Çocuk ve Medeniyet*, Y. 2019, S. 2, s. 220 vd; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku Çocuk Hakları ve Korunması*, 2021-Ankara, s. 47 vd; Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara-2017, s. 653.

<sup>31</sup> m. 6.

<sup>32</sup> m. 12.

Sözleşme hükümlerinin bir kısmı doğrudan uygulanabilirlik kabiliyetine sahip olmakla birlikte; özellikle devlete yükümlülük getirecek şekilde formüle edilen haklar, farklı tedbirler içeren koruma yükümlülükleri iç hukukta doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir ve ulusal düzenleme yapılmasını gerekli kılabılır. Doğrudan uygulanabilirliği net olan hükümlerden bazıları ayrımcılık yasağı, çocuğun yüksek yararının korunması, çocuğun dinlenilmesine ilişkin hak,<sup>33</sup> yaşam hakkı, kötü muamele yasağı vb. olarak sıralanabilir.

Sosyal hakların yerine getirilmesi konusunda Sözleşme'nin 4. maddesi sınır getirmektedir. Maddede, taraf devletlerin ekonomik sosyal ve kültürel hakları ellerindeki kaynakları olabildiğince geniş tutarak, gerekirse uluslararası iş birliği çerçevesinde yerine getireceği düzenlenmiştir.

Maddi haklar açısından sözleşmenin genişletilmesi Sözleşme'ye ek ilk iki ihtiyari protokolle gerçekleşmiştir. Ek protokollerin ilki Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi'ne İlişkin Protokol'dür<sup>34</sup>. İkincisi, Çocukların Silahlı Çatışmalara Dahil Olmamaları Konusundaki Protokol'dür.<sup>35</sup> İkisi de 2000 yılında kabul edilmiş ve 2002 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye sırasıyla 2002 ve 2004 tarihlerinden itibaren bu protokollere taraftır.

## B. SÖZLEŞME METNİNDE ÖNGÖRÜLEN DENETİM MEKANİZMASI

ÇHS, BM insan hakları sözleşmeleri içinde denetim mekanizmasına sahip dokuz sözleşmeden birisidir. Söz konusu dokuz sözleşme BM temel (core) insan hakları sözleşmeleri adını almaktadır.<sup>36</sup> Bu Sözleşmeler çerçevesinde her Sözleşme'ye ilişkin Komite adını alan bir yarı yargısal denetim organı bulunmakta, Sözleşme veya ihtiyari protokollerle çeşitli denetim araçları öngörülmektedir. BM temel insan hakları sözleşmeleri nezdinde beş farklı denetim aracı bulunmakta ancak her sözleşme sisteminde bu araçlardan beşi de yer almamaktadır.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Liefwaard/Doek, s. 8.

<sup>34</sup> 178 devlet Protokol'e taraftır. <https://indicators.ohchr.org>, 08.10.2022.

<sup>35</sup> 172 devlet Protokol'e taraftır. <https://indicators.ohchr.org>, 08.10.2022.

<sup>36</sup> Walter Kalin, Examination of State Reports, in: HellenKeller-Geir Ulfstein (ed.), UN Human Rights Treaty Bodies, Law and Legitimacy, s. 16.

<sup>37</sup> Sadece İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme bünyesinde beş denetim aracına da yer verilmektedir. Ziyaret usulü bir tek bu Sözleşme kapsamında bulunmaktadır.

Bu denetim araçları rapor usulü, bireysel başvuru usulü, soruşturma usulü, devlet başvurusu usulü ve ziyaret usulüdür. 2014 yılı itibariyle -ÇHS'ye ek Üçüncü İhtiyari Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle- rapor ve bireysel başvuru usulü dokuz temel sözleşmenin hepsinde veya ihtiyari protokollerinde yer almaktadır.

ÇHS'nin 43. maddesi ile ÇHK kurulmaktadır. 43. madde uyarınca, "Komite bu Sözleşme ile hükme bağlanan alanda yetenekleriyle tanınmış ve yüksek ahlak sahibi on sekiz<sup>38</sup> uzmandan oluşur". Komitenin kurulma amacı, taraf devletlerin Sözleşme ile üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirme konusunda kaydettikleri ilerlemeleri incelemektir. Komite üyeleri, taraf devletlerce kendi vatandaşları arasından ve kişisel olarak görev yapmak üzere, adil bir coğrafi dağılım ve başlıca hukuk sistemleri göz önüne alınarak, taraf devletlerin gösterdikleri kişiler listesinden gizli oyla seçilir. Seçimler BM Teşkilatı Merkezinde, taraf devletler toplantılarında yapılır. Komite üyeleri dört yıl için seçilir.<sup>39</sup> Komite, görevlerini etkili bir şekilde yerine getirmek için toplantılar yapar. Bu toplantılar, düzenli olarak yılda üç kez yapılır. Komite, özel toplantılar da yapabilir. Toplantılar normal olarak Cenova'daki BM ofisinde yapılmakla birlikte ÇHK tarafından kararlaştırılacak bir başka yerde de yapılabilir.<sup>40</sup>

Sözleşme'nin ana metninin öngördüğü tek denetim aracı rapor usulüdür. Rapor usulü çerçevesinde taraf devletlerin iki tür rapor sunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Birinci olarak devletler, Sözleşme'nin kendileri açısından yürürlüğe girişini takiben iki yıl içinde rapor sunarlar. İkinci olarak, periyodik olarak beş yılda bir Komiteye rapor sunulur.<sup>41</sup> Taraf devletlerin raporlarını kendi ülkelerinde de yayma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülük, Sözleşme'ye ilişkin eğitim verme yükümlülüğünün bir parçasını oluşturmaktadır.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Sözleşme'nin ilk metninde, 43. maddede, Komite'nin on üyeden oluşması öngörülmekteydi. Genel Kurul kararı ile 1995 yılında üye sayısının 18 olmasına ilişkin değişiklik kabul edilmiştir. Bu değişiklik taraf devletlerin üçte ikisinin kabulüyle 19 Kasım 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>39</sup> m. 43/1, 3, 4 ve 5. Taraf devletlerin üçte ikisinin toplantıda hazır bulunması gereklidir ve oy kullanan devletlerin salt çoğunluğu ile en fazla oy alan kişiler Komiteye seçilir.

<sup>40</sup> Genel "Usul Kuralları", CRC/C/4/Rev.5, 01.03.2019; <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc/rules-procedure-and-working-methods>. 22.10.2022, m. 1-4.

<sup>41</sup> m. 44/1.

<sup>42</sup> m. 44/6.

Rapor usulünün işleyişi büyük ölçüde Komitenin kabul ettiği genel “Usul Kuralları”nda düzenlenmiştir.<sup>43</sup> Bu kurallar son olarak 2019 tarihinde güncellenmiştir. Ayrıca, Komitenin kabul ettiği, rapor usulüne ilişkin ayrıntıların da düzenlendiği “Çalışma Metotları”, “rapor usulüne çocukların katılımına dair çalışma metotları” ve devletlerin ilk kez ve periyodik rapor hazırlamalarına yönelik “rehberler” bulunmaktadır.<sup>44</sup> Söz konusu düzenlemeler uyarınca Komite, taraf devlete, sunmuş olduğu raporun hangi toplantıda ve nerede görüşüleceğini bildirir ve ilgili oturuma devlet temsilcileri davet edilir. Devlet temsilcileri oturumda açıklama yapabilir, daha fazla bilgi sunabilir ve sorulara cevap verebilir.<sup>45</sup> Raporun görüşülmesi interaktif bir şekilde kamuoyuna açık olarak yapılır. Tartışmanın sonucunda devlet delegasyonu son değerlendirmesini yapmaya davet edilir. Tartışmanın ardından Komite, kapalı toplantıda öneri ve tavsiyelerini içeren ve yazılı olan “sonuç gözlemleri”ni (concluding observations) oluşturur. Sonuç gözlemlerinde devletten ek bilgi de istenebilir. Sonuç gözlemleri toplantının son günü kamuoyuna açılır. Taraf devletin sonuç gözlemlerini ülkesi içinde geniş olarak yayması beklenir.<sup>46</sup> Taraf devlet de kendi gözlemlerini Komiteye iletir.<sup>47</sup>

ÇHK'nin raporların incelemesi sonucundaki sonuç gözlemlerinin kamuoyuna sunulması ile birlikte, Sözleşme'nin uygulanması konusunda iyileşme olması rapor usulünün en büyük katkısıdır. Raporların hazırlanması, sunulması ve incelenmesi süreci sonucunda ÇHS'nin uygulanması konusunda olumlu ve olumsuz öğeler ortaya çıkmakta, gelecekte çocuk haklarının iyileştirilmesi için planlanan unsurlar ortaya konmakta, devletlerin bir önceki sonuç gözlemlerinin dikkate alıp almadığı belirlenmektedir. Komite, taraf devletleri raporların, tutanakların ve son gözlemlerin birlikte yayınlanması konusunda teşvik etmektedir.<sup>48</sup>

<sup>43</sup> Genel “Usul Kuralları”, Rules of Procedure, CRC/C/4/Rev.5, 01.03.2019; <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc/rules-procedure-and-working-methods>. 22.10.2022. ÇHS m. 44/8 uyarınca “Komite kendi usul kurallarını kendisi belirler.”

<sup>44</sup> <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc/rules-procedure-and-working-methods>; 22.10.2022.

<sup>45</sup> Usul Kuralları, md. 72.

<sup>46</sup> Komite tarafından kabul edilen “Çalışma Metotları” için bkz. Working Methods, <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc/rules-procedure-and-working-methods>, 05.10.2022.

<sup>47</sup> Usul Kuralları, m. 75.

<sup>48</sup> Mesut Gülmez, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Ankara-2004, s. 320, 321.

Raporların takip edilmesi sürecinde, Komite son gözlemlerde yer alan hususların bir sonraki devlet raporunda dikkate alınmasını varsayar. Ayrıca sonuç gözlemlerinde belirtilen hususlarda takip önlemlerine ilişkin yazılı bilgi verilmesi beklenir. Taraf devletler BM organlarından raporların yazılması sürecinde veya eksikliklerin giderilmesine ilişkin teknik yardım alabilir.<sup>49</sup>

Rapor usulünün yanı sıra Komite, Sözleşme'yi somutlaştıran/açıklayan genel yorumlar kabul etmektedir.<sup>50</sup> Bugüne dek ÇHS'de yer alan veya çocuk haklarına ilişkin güncel konularla ilgili 25 genel yorum kabul edilmiştir. Son olarak "Çocuk Hakları ve İklim Değişikliğine Özel Odaklı Çevre konulu 26 no'lu Genel Yorum" hazırlanma sürecindedir.<sup>51</sup>

Kabul edilen genel "Usul Kuralları" uyarınca,<sup>52</sup> Komite, olağan toplantılarının bir veya birkaç oturumunu Sözleşmenin bir maddesinin ya da ilgili bir konunun tartışılması için ayırabilir. Bu husus "genel tartışma"<sup>53</sup> olarak adlandırılmaktadır.

## II. "BAŞVURU USULÜNE İLİŞKİN ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE EK İHTİYARİ PROTOKOL" VE GETİRDİĞİ DENETİM USULLERİ

### A. GENEL OLARAK

ÇHK, Üçüncü İhtiyari Protokol'ün yürürlüğe girdiği 2014 yılına dek sadece raporlar yoluyla Sözleşme'ye ilişkin inceleme/denetleme görevini yerine getirebilmiştir. Ancak bilinmektedir ki insan hakları sözleşmeleri açısından taraf devletlerin taahhütlerini etkili bir şekilde

<sup>49</sup> ÇHS m. 45/2.

<sup>50</sup> Genel yorumların hukuki dayanağı Usul Kuralları'nın 77. maddesinde bulunmaktadır. "Genel Yorum" lar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hellen Kellen-Leena Grover, "General Comments of the Human Rights Committee and Their Legitimacy", in: Hellen Keller-Geir Ulfstein (ed.), UN Human Rights Treaty Bodies, Law and Legitimacy, s. 121 vd.

<sup>51</sup> <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc/general-comments>, 08.10.2022.

<sup>52</sup> Rules of procedure 79 no'lu madde.

<sup>53</sup> "Genel Tartışma" için bkz. Jaap E. Doek, "The CRC: Dynamics and Directions of Monitoring its Implementation" in: Antonella Invernizzi-Jane Williams (Ed.), The Human Rights of Children, From Visions to Implementation, Farnham-2011, (The CRC), s. 104.



yerine getirmeleri denetim organlarının denetim yetkisinin genişliği ile paralel olarak söz konusu olmaktadır. Özellikle bireylerin hak ihlalleri sebebiyle BM Sözleşmeleri Komitelerine başvuru yapabildiğini sağlayan bireysel başvuru usulüyle, sözleşmelerde garanti edilen hakların kapsamı içtihatla belirlenmekte, somut olaylar ışığında taraf devletlerin hakları ihlal edip etmediği saptanabilmekte ve devletlere özel ve genel tavsiyelerde bulunulabilmektedir. 2000’li yıllar ile diğer sekiz temel sözleşme veya protokolünde bireysel başvuru usulüne yer verilmesi,<sup>54</sup> ÇHS açısından bu eksikliği özellikle ön plana çıkartmıştır.<sup>55</sup> Bireysel başvuru yolu uluslararası denetim organlarının elindeki en etkili araç olarak görülmektedir.<sup>56</sup>

Üçüncü İhtiyari Protokol’ün yürürlüğe girmesine dek ÇHS sisteminde bireysel başvuru usulü bulunmamakla birlikte, çocuk haklarına ilişkin meseleler için, -diğer Sözleşmelerde garanti edilen haklarla çakıştığı sürece- BM temel insan hakları sözleşmelerinin denetim organlarına (özellikle de İHK ile kız çocukları için CEDAW Komitesine) bireysel başvuru yapılabilmekteydi.<sup>57</sup> Ancak ÇHS’nin çocuk hakları açısından getirdiği yeniliklerin somut olaylara uygulanması ve bu yeni

<sup>54</sup> Temel BM Sözleşmeleri ve ek Protokolleri çerçevesinde bireysel başvuru usullerinin yürürlüğe girişi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme için 1969, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme için 1987, Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme için 2010, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi için (Ek protokol ile) 1976, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme için (ek protokol ile) 2000, Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme için (ek protokol ile) 2008, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme için (ek protokol ile) 2013’tür. Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına İlişkin Sözleşme de bireysel başvuru prosedürünü kabul etmektedir ancak bu Sözleşme açısından bireysel başvuru usulüne ilişkin madde henüz yürürlüğe girmemiştir. Bkz. Alfred de Zayas, “The CRC in Litigation Under the ICCPR and CEDAW, Litigating the Rights of the Child Through the Individual Complaints Procedures of the Human Rights Committee and the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women” in: Liefwaard T.-Doek J.(Ed.) Litigating the Rights of the Child, The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence, Springer-2015, s. 178; Gülce Öztürk, Birleşmiş Milletler Sözleşmelerinde İnsan Haklarının Bireysel Başvuru Usulü ile Korunması, Ankara-2017, s. 58 vd.

<sup>55</sup> Macholm Langford - Sevda Clark, The New Kid on the Block, “A Complaints Procedure for the Convention on the Rights of the Child”, *Nordic Journal of Human Rights*, Y. 2010, V. 28, N. 3-4, s. 371.

<sup>56</sup> Aşağıda yer verileceği gibi Üçüncü İhtiyari Protokol’e konulması önerilen kolektif başvuru yolu da etkili denetim araçlarından birisidir.

<sup>57</sup> De Zayas, s. 177, 178.

bakış açısının diğer denetim organlarının kararlarına da yansıtılması için ÇHS sistemi içinde bireysel başvuru yolunun getirilmesi elzem olarak görülmektedir. Üstelik söz konusu diğer sözleşmeler nezdindeki bireysel başvuru süreçleri içinde çocuğa duyarlı özel yöntemler yer almamaktadır.

Üçüncü İhtiyari Protokol, ÇHS denetim mekanizmasının güçlendirilmesi için kabul edilmiştir. Sözleşme'nin ana metninin getirdiği denetim mekanizmasının zayıf olması pek çok yazar, uzman, STK tarafından eleştirilmiş ve özellikle bireysel başvuru usulünün getirilmesi gereği dile getirilmiştir.<sup>58</sup> Bununla birlikte, bireysel başvuru yolunun yanı sıra BM temel sözleşmelerinde yer alan diğer denetim araçları ile BM sözleşmelerinde yer almayan kolektif başvuru usulünün de ÇHS sistemine katılması önerileri bulunmaktaydı.

## B. ÜÇÜNCÜ İHTİYARİ PROTOKOL'ÜN KABUL EDİLMESİ SÜRECİ

2000'li yıllarla birlikte özellikle STK'lar, ÇHS denetim sisteminin genişletilmesine ve buna ilişkin bir protokol kabul edilmesine ilişkin çok ciddi kampanyalar yürütmüştür. 2008 yılında ÇHK, başvuru usulüne ilişkin resmi bir süreç başlatmıştır ve aynı yıl STK çalışma grubu oluşturulmuştur. Ardından BM İnsan Hakları Konseyi (İHK) bir kararla<sup>59</sup> "açık uçlu çalışma grubu" kurmuştur. Söz konusu grubun görevi ihtiyari protokol üzerinde çalışmasıydı. İHK, ÇHK ve bağımsız uzmanları tartışmaya katkı sağlamaya davet etmiştir. 2010 yılında İHK, çalışma grubunun yetkilerini genişletmiş ve adını "ÇHS'ye başvuru usulü sağlayan ek protokole ilişkin çalışma grubu" olarak değiştirmiştir.<sup>60</sup> Çalışma grubu yoğun tartışmalar sonucunda bir taslak kabul etmiştir. Metnin son hali İHK tarafından benimsenerek,<sup>61</sup> Genel Kurula

<sup>58</sup> Baxter, s. 89, 100, 120.

<sup>59</sup> HRC Resolution 11/1 (11th session), 17.06.2009.

<sup>60</sup> Gauthier De Beco, "The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure: Good News?" *Human Rights Law Review*, Y. 2013, V.13, N. 2, s. 370.

<sup>61</sup> Resolution 17/18, 14.07.2011; Christiana Carletti, "The Third Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child: Preliminary Case Law Assessment for the Effective Promotion and Protection of Children's Rights", *Global Campus Human Rights*, Y. 2020, N. 4, s. 116.



gönderilmiştir. Sonuç olarak, Üçüncü İhtiyari Protokol Genel Kurulda 2011 yılında kabul edilmiş<sup>62</sup> ve 2014 yılında yürürlüğe girmiştir.<sup>63</sup>

Türkiye Üçüncü İhtiyari Protokol'ü 2012 yılında imzalamış ve 2017 yılında onaylamıştır.<sup>64</sup> Protokol'e 50 devlet taraftır. 15 devlet de protokolü imzalamış ancak henüz onaylamamıştır.<sup>65</sup>

### C. YENİ USULLER

Protokol, ÇHS denetim mekanizmasına üç yeni usul eklemektedir: Bireysel başvuru, devlet başvurusu ve soruşturma usulü. Bireysel başvuru ve devlet başvurusu ikisi birlikte BM sözleşmeleri çerçevesinde "başvuru usulleri" olarak adlandırılmaktadır. Söz konusu üç denetim aracı Sözleşme'deki hakların yanı sıra, ilk iki protokole taraf olan devletler açısından, bu protokollerdeki haklar için de işletilebilecektir.<sup>66</sup>

Üçüncü İhtiyari Protokol'ün sisteme kattığı üç denetim aracından bireysel başvuru usulüne aşağıdaki ayrıntılı olarak yer verileceğinden, bu başlık altında ana hatlarıyla devlet başvurusu ve soruşturma usulüne değinilecektir.

Devlet başvurusu bir taraf devletin, ÇHS ve/veya ihtiyari protokollerde garanti edilen hakları ihlal ettiği iddiası ile diğer bir taraf devlet aleyhine ÇHK'ye başvuruda bulunmasıdır. Devlet başvurusu usulünün işletilmesi için sadece Üçüncü İhtiyari Protokol'e taraf olmak yeterli değildir ayrıca bu konuda Komite'nin yetkisinin tanındığının beyanı gereklidir. Komite, böyle bir beyanda bulunmamış taraf devletle ilgili veya böyle bir beyanda bulunmamış taraf devletten gelecek başvuruları kabul etmeyecektir. Devlet başvurusu çerçevesinde öncelikle Komite konuya ilişkin dostane çözüm bulunması için arabuluculuk yapacaktır.<sup>67</sup>

Diğer BM temel insan hakları sözleşmeleri içinde İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı

<sup>62</sup> GA/11198, 19.12.2011.

<sup>63</sup> Ann Skelton, "International Children's Human Rights Law: Complaints and Remedies" in: Ursula Kilkelly-Ton Liefwaard, International Human Rights of Children, Netherlands-2019, s.72,73; Langford/Clark, The New Kid, s. 372.

<sup>64</sup> Türkiye açısından Protokol 26.03.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>65</sup> <https://indicators.ohchr.org>, 10.10.2022.

<sup>66</sup> Skelton, s. 73.

<sup>67</sup> Üçüncü İhtiyari Protokol md. 12; Ayrıca bkz. Skelton, s. 73,74.

Sözleşme (İKS), Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına İlişkin Sözleşme (GİAKS), Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme (ZKKS) ve ESKHS'ye ek protokolde devlet başvurusu usulüne yer verilmektedir.<sup>68</sup> Ancak siyasi sebeplerden dolayı bu yol kural olarak işletilmemektedir. Şimdiye dek sadece Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (IAOKS) çerçevesinde üç kez işletilmiştir.<sup>69</sup>

Soruşturma usulünde<sup>70</sup> Komite, ÇHS ve/veya ek protokollerde güvence altına alınan hakların ciddi ve sistematik bir şekilde ihlal edildiğine dair güvenilir bilgi alırsa, taraf devlete bilginin incelenmesinde iş birliği yapma ve bilgiye ilişkin gözlemleri sunma konusunda çağrıda bulunur. Komite, taraf devletin gözlemiyle birlikte her türlü bilgiyi dikkate alarak, bir veya birden fazla üyesini soruşturma yürütmek ve kendisine bilgi vermek üzere görevlendirebilir. Soruşturma, gerektiğinde ve taraf devletin onayıyla, devlete yapılacak bir ziyareti de kapsayabilir. Komite -soruşturmanın sonuçları incelendikten sonra- bulguları, yorum ve tavsiyeleri ile birlikte taraf devlete iletir. Taraf devlet altı ay içinde Komiteye gözlemlerini sunar.<sup>71</sup> Prosedürün takibi çerçevesinde Komite, taraf devletten bilgi isteyebilir ve raporlarında bu konuda daha fazla bilgi vermeye davet edebilir.<sup>72</sup>

Soruşturma usulünü harekete geçirecek olan bilgiyi Komiteye herkes verebilir. Bilgi verilmesi için iç başvuru yollarının tüketilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.<sup>73</sup>

Soruşturma usulü BM temel insan hakları sözleşmeleri içinde İÖS, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (CEDAW), ZKKS, Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme (EHİS) ve ESKHS denetim mekanizmaları içinde yer almaktadır.

<sup>68</sup> <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/complaints-about-human-rights-violations#interstate>, 10.10.2020.

<sup>69</sup> <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cerd/inter-state-communications>, 10.10.2020. Başvuruların üçü de 2018 yılında yapılmıştır. İlk ikisi Katar tarafından Suudi Arabistan ve Birleşik Arap Emirlikleri'ne karşı, üçüncüsü ise Filistin tarafından İsrail'e karşı yapılmıştır.

<sup>70</sup> Soruşturma usulüne ilişkin olarak, taraf devletler Protokol'ün imzası, onayı ya da Protokol'e katılım esnasında Komitenin soruşturma usulüne ilişkin yetkisini tanımadıklarını beyan edebilirler. m. 13/7.

<sup>71</sup> Üçüncü İhtiyari Protokol md. 13.

<sup>72</sup> Üçüncü İhtiyari Protokol md. 14.

<sup>73</sup> Skelton s. 73.

#### D. KABUL EDİLMİYEN USUL: KOLEKTİF BAŞVURU YOLU

Üçüncü İhtiyari Protokol'ün kabul edilme sürecinde Komiteye kolektif başvuru yapılabilmesi konusunda da öneriler olmuş ve açık uçlu çalışma grubunun toplantılarında en hararetli tartışmalar bu konuda yapılmıştır. Kolektif başvuru usulü, insan hakları kuruluşları ya da STK'lara, bireysel çocuk mağduriyetine dayanmadan genel olarak ya da çocuk mağdur/mağdurlar olmakla birlikte isimlerinin belirtilmesi zorunluluğu olmaksızın/anonim olarak, başvuru yapma hakkının verildiği bir yöntemdir.<sup>74</sup> Bu usule Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ)/Gözden Geçirilmiş ASŞ<sup>75</sup> ve Afrika Çocuk Hakları ve Refahı Şartı<sup>76</sup> çerçevesinde yer verilmektedir. Latin Amerika ülkeleri, Slovenya, Slovakya, STK'lar, uzmanlar ve ÇHK kolektif başvuru sisteminin protokolde yer alması gerektiğini savunmuştur.<sup>77</sup> Sonuç olarak yapılan öneriler, kolektif başvuruların soyut iddiaları Komite'nin önüne getireceği, sınırlı kaynakları gereksiz zorlayacağı, soruşturma usulü ile kesişen yönleri olduğu ve bireysel başvurunun da kişi toplulukları tarafından yapılabileceği gerekçesiyle reddedilmiştir.<sup>78</sup> Bununla birlikte, kolektif başvuru usulünü savunanlar, bu usulün özellikle ÇHS açısından önemine ve çocukların bireysel başvuru yapmakta yaşayacakları zorluklara vurgu yapmaktadır. Tek tek çocuklar yerine çeşitli kurum ve kuruluşların başvuru yapması, çocukların başvuru yapmalarına gerek bırakmadan sorunların çözümünü sağlayıp, çocukların ikincil mağduriyetlerini önleyebilecektir ve sistemsiz problemler tek tek başvurular yapılmadan bir kerede Komite önüne getirilebilecektir<sup>79</sup> Ayrıca çocukların kırılğan-

<sup>74</sup> Zelalem shiferaw Woldemichael, "Communications Procedure under 3rd Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child: A Critical Assessment", *Jimma University Journal of Law*, V.7, Y. 2015, s. 81.

<sup>75</sup> ASŞ uyarınca kolektif başvurular akredite edilen STK'lar ile taraf devlet kabul ederse ulusal STK'lar tarafından yapılabilir; iç başvuru yolunun tüketilmesi şartı bulunmamaktadır. De Beco, s. 382, 383.

<sup>76</sup> Afrika Çocuk Hakları ve Refahı Şartı'nda bireysel başvuru usulüne de yer verilmektedir. bkz. md. 44; Afrika Çocuk Hakları ve Refahı Şartı'nda kolektif başvuru usulü için bkz. Sonja Grover, *Children Degrading their Human Rights Under the CRC Communications Procedure, On Strengthening the Conventions on the Rights of the Child Complaints Mechanism*, London-2015, s. 27 vd; Skelton, s. 74.

<sup>77</sup> Carletti, s. 116; De Beco, s. 382.

<sup>78</sup> Skelton, s. 74.

<sup>79</sup> Kolektif başvurunun avantajları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Lina Johansson, "The Third Optional Protocol to the International Convention on the Rights of the Child: Success or a Failure for the Enforcement of Children's Rights?", *Queen Mary Human Rights Law Review*, Y. 2015, 2(1), s. 73 vd.; Skelton, s. 74; Grover, s. 23 vd.

lığı, başvuru yapabilmelerine ilişkin zorluklar, maddi yetersizlikler ve ebeveynlerin manipülasyonlarına ilişkin endişeler de kolektif başvuru usulünün savunulmasına gerekeceği oluşturmıştır.<sup>80</sup>

### E. ÜÇÜNCÜ İHTİYARİ PROTOKOL'ÜN YAPISI, İLKELER VE GENEL HÜKÜMLER

Üçüncü İhtiyari Protokol'ün bazı hükümleri denetim mekanizması getiren insan hakları belgelerinde yer alan esaslara paralel olmakla birlikte, bazı hükümleri çocukların kendilerine özgü durumlarını dikkate almaktadır.<sup>81</sup>

Üçüncü İhtiyari Protokol, başlangıç kısmı ile dört bölümden oluşmaktadır.

Başlangıç kısmında, çocukların hakların süjesi oldukları, onurlu ve gelişebilir yetenekleri olan bireyler oldukları teyit edilmiştir. Ayrıca çocukların özel ve bağımlı konumlarının hak ihlallerine yönelik yasal yolların takibi için engel olabileceği belirtilmiştir. Yasal yolların takibinde çocuğun yüksek yararı ilkesinin ve çocuğa duyarlı usullerin göz önünde bulundurulacağı esasları da başlangıç bölümünde düzenlenmiştir.

Birinci bölümde genel hükümler yer almaktadır. Öncelikle, 1. maddede, Komitenin İhtiyari Protokol'de yer alan denetim araçlarına ilişkin yetkisi düzenlenmiştir. Ardından 2. Maddede, Komitenin görevlerini yerine getirmesindeki yol gösterici ilkeler belirtilmektedir ki bu ilkeler çocuğun yüksek yararı ile onun hak ve -yaşı ve olgunluğu ölçüsünde- görüşlerinin göz önüne alınmasıdır. Bu maddenin ele alınışının, ÇHS'de yer alan ve Sözleşme'ye hâkim olan ilkelerden çocuğun yüksek yararı ilkesi ve çocuğun dinlenilme hakkının bir yansıması olduğu söylenebilir.<sup>82</sup> 3. maddede Komitenin Protokol'e ilişkin usul kurallarını kendisinin yapacağı; bunu yaparken çocuğa duyarlı yöntemleri ve çocuğun, onun adına hareket edenler tarafından, baskı

<sup>80</sup> Langford/Clark, *The New Kid*, s. 398

<sup>81</sup> De Beco, s. 373.

<sup>82</sup> Aisling Parkes, *Children and International Human Rights Law*, London-2013, s. 241; Rhona Smith, "The Third Protocol to the UN Convention on the Rights of the Child? -Challenges Arising Transforming The Rhetoric into Reality", in: Freeman M. (Ed.), *The Future of Children's Rights*, Brill-2014, s. 193.

altında bırakılmamasını esas alacağı düzenlenmektedir.<sup>83</sup> Komitenin, çocuğun yüksek yararına görmediği başvuruları reddedebileceği (md. 3) ve taraf devletlerin Komiteye yapılan başvurulardan dolayı insan hakları ihlallerine karşı koruma tedbirleri alması (m. 4) hususu da birinci bölümde düzenlenmiştir.

2. bölümde başvuru usulleri olarak bireysel başvuru usulü ve devlet başvurusu (m. 5-12), 3. bölümde soruşturma usulü (m. 13-14), 4. bölümde ise son hükümler (m. 14-24) yer almaktadır. Son hükümlerde uluslararası yardım ve iş birliği, Protokol'ün taraf devletlerce tanıtımı ile imza, onay ve katılıma ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

### III. ÜÇÜNCÜ İHTİYARİ PROTOKOL VE BİREYSEL BAŞVURU USULÜ

#### A. GENEL OLARAK BİREYSEL BAŞVURU USULÜ VE ÖNEMİ

ÇHK'ye bireysel başvuru yapılması konusu ÇHS yapılırken de tartışma konusu edilmiş ancak ÇHS'de özellikle sosyal hakların yer alması ve devlete getirilen geniş yükümlülükler, bu usulün benimsenmemesi sonucunu doğurmuştu.<sup>84</sup> Yeni bir protokol ile bireysel başvuru yolu kabul edilmesine karşı olanların argümanları, bu usulün Komitenin iş yükünü arttıracığı, diğer sözleşmeler kapsamında zaten bireysel başvuruların yapılabileceği ve yine sosyal hakların dava edilebilirlik özelliklerinin bulunmamasıdır.<sup>85</sup> Buna karşılık ÇHS'de yer alan hükümlerin büyük kısmının diğer sözleşmelerde yer almadığı, başvuru yolu olmadan hakların etkili bir şekilde gerçekleşmesinin mümkün olmaması ve çocuk haklarına ilişkin meselelerin çocuk hakları uzmanları tarafından/ çocuğa duyarlı yaklaşımla çözülmesi gereği karşı argüman olarak ileri sürülmüştür.<sup>86</sup> Her ne kadar sosyal hakların dava edilemez nitelikte olması bireysel başvuru aleyhine ile-

<sup>83</sup> Woldemichael, s.106.

<sup>84</sup> De Beco, s. 368.

<sup>85</sup> De Beco, s. 369; Ayrıca bkz. Geraldine Van Bueren, "Acknowledging Children as International Citizens: A Child Sensitive Communication Mechanism for the Convention on the Rights of the Child" in: Antonella Invernizzi-Jane Williams (Ed.), *The Human Rights of Children, From Visions to Implementation*, Farnham-2011, s. 123, 124.

<sup>86</sup> Van Bueren, s. 125; De Beco, s. 369.

ri sürülse de, günümüzde sosyal hakları garanti eden metinlerin bireysel ve kolektif başvuru yolları öngörmeleri, sosyal hakların dava edilemez nitelikte olduğu fikrini başlı başına çürütmüştür. ÇHK'nin 5 no'u Genel Yorum'u uyarınca "hakların gerçek anlamlarının olması için ihlallerin giderimini sağlamak üzere etkili başvuru yolları bulunmalıdır" ve "taraf devletler, sosyal ve ekonomik haklar dahil olmak üzere, hakların dava edilebilirliğinin sağlanmasına özel dikkat göstermelidir".<sup>87</sup> Ayrıca, Genel Yorum haklar arasında bir ayırım gözetilemeyeceğini belirterek, sosyal hakların dava edilebilir olduğunu teyit etmektedir.<sup>88</sup>

Üçüncü İhtiyari Protokol'ün bireysel başvuru yolunu öngörmesiyse; tüm BM temel insan hakları sözleşmelerinde bireysel başvuru yolu tanınmıştır ve bazı yazarlara göre BM sözleşme sistemi içindeki yapbozun son parçası tamamlanmıştır.<sup>89</sup>

Bireysel başvuru usulü, ÇHS'de ya da ihtiyari protokollerinde garanti edilen hakları ihlal edilen mağdur birey/grupların veya temsilcilerinin iç başvuru yollarını tükettikten sonra, Komiteye başvurabilmeleri yoludur.<sup>90</sup> Üçüncü İhtiyari Protokol'e taraf olmakla birlikte devletler, Sözleşme ve/veya ilk iki ihtiyari protokolde yer alan hakları ihlal edilen bireylerin başvuru yapabilmesi konusunda ÇHK'nin yetkisini kabul etmiş olurlar.<sup>91</sup>

Çocuklar, hiç kuşkusuz ki, AİHS ya da KSHS gibi bölgesel ve uluslararası diğer insan hakları sözleşmelerinde garanti edilen haklardan da yararlanabilir ve bu sözleşmeler çerçevesinde bireysel başvuru yolunu kullanabilir. Bununla birlikte ÇHS sözleşmesi sisteminde bireysel başvuru yapmanın önemi hem Sözleşmenin özel olarak çocukları koruyup onlara haklar vermesi hem de Üçüncü İhtiyari Protokol ışığında bu sistemde çocuğa duyarlı özel kural ve yöntemlerin söz konusu olmasıdır.<sup>92</sup>

<sup>87</sup> p. 24; bu başvuru yolları ulusal hukukta yok ise, uluslararası hukukta öngörülmelidir. Bkz. De Beco s. 369.

<sup>88</sup> Skelton, s. 68, 69; Ayrıca bkz. Sloth/Nielsen, s. 49.

<sup>89</sup> De Beco, s. 367.

<sup>90</sup> BM temel insan hakları sözleşmelerinde bireysel başvuru usulüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Geir Ulfstein, "Individual Complaints", in: HellenKeller-Geir Ulfstein (ed.), UN Human Rights Treaty Bodies, Law and Legitimacy, s. 73 vd.

<sup>91</sup> Individual Complaint Procedures under the United Nations Human Rights Treaties, Fact Sheet no. 7, UN, Geneva-2013, s. 23.

<sup>92</sup> Smith, s. 193.

Üçüncü İhtiyari Protokol’de bireysel başvuru yoluna ilişkin kurallar yer almakla birlikte, ÇHK, 2013 yılında bu usule ilişkin daha ayrıntılı düzenlemeler içeren “Usul Kuralları”nı kabul etmiştir.<sup>93</sup> Komitenin benimseyeceği usul kurallarında çocuğa duyarlı yöntemlerin esas alınacağı Üçüncü İhtiyari Protokol’ün 3. maddesinde belirtilmişti. Maddede, çocuğa duyarlı yöntemin ne olduğu açıkça belirtilmemiş olsa da bu yöntemin, çocuğun korunması ile onun bireysel ihtiyaç ve görüşleri arasında denge kuran bir yaklaşım olduğu söylenebilir.<sup>94</sup> Bu doğrultuda, Usul Kuralları’nda ve ayrıca Protokol’e ilişkin olarak Komitenin çıkarttığı “Çalışma Metotları”nda bireysel başvuru sürecinin işleyişine yönelik olarak, çocuğun yüksek yararı ve çocuğun dinlenilmesi ilkeleri ışığında çocuğa duyarlı yöntemler benimsenmektedir.<sup>95-</sup>

Çocuklar, toplumların en kırılgan kesimlerinden birisidir.<sup>96</sup> Bu bağlamda ÇHS çerçevesinde bireysel başvuru yolunun tanınmasının önemi, -diğer sözleşmelerin mekanizmalarından farklı olarak- hem İhtiyari Protokol ve usul kurallarında hem de ÇHK’nin içtihadında çocukların kendilerine özgü durumlarının dikkate alınmasıdır.

## B. BAŞVURU SÜRECİNİN GENEL İŞLEYİŞİ

Üçüncü İhtiyari Protokol’e ilişkin “Usul Kuralları” uyarınca ÇHK, bir “çalışma grubu” kurmuştur. Çalışma grubu, (Komite üyeleri içinden) dokuz kişiden oluşmaktadır.<sup>97</sup> BM Genel Sekreterliğine bir başvuru yapıldığında, başvuru çalışma grubuna iletilir. Çalışma grubu bir üyesini raportör olarak görevlendirir. Raportör kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin tavsiyelerde bulunur. Bu görüşler çalışma grubu üyeleriyle paylaşılır ve çalışma grubunun görüşü alınır. Raportör son tahlilde kabul edilebilirliğe ve esasa ilişkin bir taslak hazırlar; taslak çalışma

<sup>93</sup> Carletti, s. 118. Üçüncü İhtiyari Protokol’e ilişkin usul kuralları, ÇHK’nin 62. oturumunda kabul edilmiştir. CRC /C63/3, 10.04.2013.

<sup>94</sup> Van Bueren, s. 129; Woldemichael, s. 106; bkz. “BM Çocuk Mağdurlar ve Suç Tanıklarının İçeren Konulara İlişkin Adalet İlkeleri”, Ekonomik ve Sosyal Konsey Kararı, 2005/10.09.2005.

<sup>95</sup> Smith, s. 180; Information Pack About the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure (OPIC), Child Rights Connect, 2020, [https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/2020/11/OPIC\\_info-pack\\_2020\\_English.pdf](https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/2020/11/OPIC_info-pack_2020_English.pdf), 22.10.2022, s. 2, 3

<sup>96</sup> Woldemichael, s. 78.

<sup>97</sup> Çalışma Metotları B/5.



grubu tarafından onaylanır ve oybirliği ya da oy çokluğuyla kabul edilmek üzere ÇHK'ne iletilir. Çalışma grubu bağımsız uzmanların ve ÇHK üyelerinin görüşlerine de başvurabilir.<sup>98</sup>

Başvuruların incelenme süreci, başvurunun çocuklar veya çocuklar lehine yetişkinler tarafından yapılmış olmasına göre farklılık göstermektedir. Birinci durumda, başvuru ilk bakışta kabul edilmez görünse bile yine de acil olarak çalışma grubuna iletilir. Çocuk dostu bir dille, başvurucuya başvurunun alındığı konusunda bilgi verilir. İkinci durumda ise Genel Sekreterlik şekli koşulların bulunup bulunmadığını inceler (başvurucunun isminin bulunması, başvurunun açıkça temelden yoksun olmaması, başvurunun Sözleşme ve ihtiyari protokollerinde yer alan haklara ilişkin olması ve aleyhine başvuru yapılan devletin taraf devlet olması gibi). Bu koşullar bulunmadığında Genel Sekreterlik başvuruyu reddeder. Başvuru yetişkin tarafından yapıldığında, çalışma grubu çocuğun baskı altında olup olmadığını değerlendirir.<sup>99</sup>

Usul Kuralları'nın 20. maddesi uyarınca, Komite mümkün olan en kısa sürede ve basit çoğunlukla kabul edilebilirliğe ilişkin karar verir. Bu bağlamda esasa ilişkin inceleme kabul edilebilirlik kararının ardından yapılacaktır. Bununla birlikte söz konusu usul, kararların alınmasını geciktirmektedir ve BM temel insan hakları sözleşmeleri komiteleri, uygulamada -eğer devletin kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin kararın ayrı alınması yönünde talebi yok ise- kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin kararlarını aynı anda almaktadır.<sup>100</sup>

### C.BİREYSEL BAŞVURU VE ÇOCUK HAKLARI KOMİTESİNİN YETKİSİ

Komitenin yetkisi genel olarak Protokol'ün 1. maddesinde düzenlenmektedir. 1. maddenin 1. paragrafı uyarınca "*İşbu Protokole Taraf Devlet, Komitenin yetkilerini bu Protokolde belirtildiği şekilde kabul eder*". Protokol'ün 5., 7. ve 20. maddelerinde de Komitenin kişi, konu, yer ve zaman açısından yetkisine ilişkin temel kurallar yer almaktadır. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki bireysel başvuruların kabul edilebilir bulunması için, Komitenin yetkili olması gereklidir.

<sup>98</sup> Carletti, s. 119.

<sup>99</sup> Carletti, s. 119.

<sup>100</sup> Jaap E. Doek, Individual Communications, s. 43



## 1. Konu Yönünden Yetki

Protokol m. 1/2 uyarınca, “Komite, bir devletin taraf olmadığı bir belgede ortaya konan hak ihlallerine ilişkin konularda, o devlete ilişkin yetkilerini kullanamayacaktır”. Söz konusu belgelerin hangileri olduğu da 5. maddede açıkça belirtilmektedir. Bireysel başvuru açısından Komitenin yetkisini değerlendirdiğimizde, Komitenin konu açısından yetkili olması için, aleyhine başvuru yapılan devletin ihlal edildiği ileri sürülen hakkın garanti edildiği ÇHS ve/veya ihtiyari 1. veya 2. Protokollere taraf olması gereklidir. Bu belgelere taraf olunmadan veya bu belgelerde garanti edilmemiş hak ve özgürlükler için bireysel başvuru yapılamaz.<sup>101</sup>

ÇHS kapsam itibariyle geniş bir sözleşmedir ve yukarıda belirtildiği üzere çocukların klasik haklarının yanı sıra, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları da Sözleşme’de garanti edilmektedir.

Devletler Üçüncü İhtiyari Protokol’e taraf olmakla, bireysel başvuru açısından taraf oldukları ÇHS veya ihtiyari protokollerde yer alan haklardan bazılarını kapsam dışı tutma yetkisine sahip değildir. Bu husus, özellikle sosyal hakların bireysel başvuru açısından kapsam dışı tutulmasını engellemekte ve hakların bağımlılığı ve bütünselliği prensibine hizmet etmektedir.<sup>102</sup> Bununla birlikte, Sözleşme ve ihtiyari protokollerine konan çekinceler Komitenin yetkisinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulur.<sup>103</sup>

Bireysel başvuru usulü, tüm insan hakları sözleşmeleri sistemleri için hakların somutlaştırılmasını ve kapsamlarının belirlenmesini sağlayan bir yoldur. Bu açıdan yargısal/yarı yargısal organların kararlarıyla sözleşmelerdeki haklar adeta yeniden biçimlenmektedir. ÇHS’de yer alan hakların kapsamlarının ne olduğunun bilinmesi ve özellikle başvuru yaparken hakkın içeriğinin tespiti için, bireysel başvurulara ilişkin Görüşlerin takip edilmesi önem taşımaktadır.

<sup>101</sup> ÇHS’ye taraf olmayıp, maddi haklara ilişkin ihtiyari protokollere taraf olan devletler de Üçüncü İhtiyari Protokol’e taraf olabilir ve bu devletler açısından ilk iki protokoldeki hakların ihlal edildiği iddiası Komitenin önüne götürülebilir. Örneğin, ABD, ÇHS’ye taraf olmayıp, ilk iki ihtiyari protokole taraftır ve Üçüncü İhtiyari Protokol’e taraf olması durumunda, ilk iki ihtiyari protokolde yer alan haklar açısından ABD’ye karşı bireysel başvuru yapılabilir.

<sup>102</sup> Woldemichael, s. 86.

<sup>103</sup> Individual Complaint Procedures under the United Nations Human Rights Treaties, Fact Sheet no. 7, UN, Geneva-2013, s. 9.

İsviçre'ye karşı yapılan bir başvuruda,<sup>104</sup> taraf devlet, Sözleşmenin bazı maddelerinin kişilere sübjektif haklar vermediğini ve başvurunun bu açıdan kabul edilemez nitelikte olduğunu ileri sürmüştür. (Ör. 3. maddede yer alan çocuğun yüksek yararı ilkesi, m. 6/2 de yer alan taraf devletlerin çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı göstermesi yükümlülüğü, 22. maddede yer alan mülteci statüsü kazanmaya çalışan çocuğun insani yardımdan yararlanma hakkı, 24. maddede yer alan en iyi sağlık düzeyine kavuşma hakkı). Komite kişisel, siyasal ve sosyal hakların bölünmezliğini ve eşit önemini vurgulamış ve söz konusu hakların çocukların kişiliklerini ve yeteneklerini mümkün olan en üst düzeyde geliştirdiğini belirtmiştir.<sup>105</sup> Komiteye göre, Sözleşme'de yer alan tüm haklar için bireysel başvuru yapılabilir ve bu konuda sınırlayıcı bir yaklaşım yapılması mümkün değildir.<sup>106</sup>

Bir başka başvuruda başvurucu, BM KSHS'nin 14. ve 17. maddelerinde güvence altına alınan hakların ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bireysel başvuru ÇHS ve /veya ihtiyari protokollerinde yer alan haklar için yapılabileceği için kabul edilmezlik kararı verilmiştir.<sup>107</sup>

Sosyal hakların yanı sıra kişisel ve siyasal haklara ilişkin olarak da pozitif yükümlülükler, -açıkça Sözleşme metninde yer almasa da- ÇHS sistemi için geçerlidir. Dolayısıyla kişisel ve siyasal haklar söz konusu olduğunda devletlerin dokunmama dışında koruma ve yerine getirme görevleri bulunmaktadır. Koruma görevi, devletlere üçüncü kişilerden kaynaklanan ihlalleri engelleme yükümlülüğü getirmekte; yerine getirme ödevi ise hakların kullanılmasını kolaylaştırma ve sağlamayı içermektedir.<sup>108</sup> Dolayısıyla -ÇHK'nin içtihadı doğrultusunda- devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle kişisel/ sosyal/ siyasal haklar için bireysel başvuru yapılabilir.

İspanya'ya karşı yapılan bir başvuruda başvurucular yeni doğan bebeklerinin kaçırıldığını ve bunun için etkili soruşturma yapılmadığı için ÇHS'nin çocuk kaçırmaları düzenleyen 35. maddesinin ihlal edil-

<sup>104</sup> V.A. (author) and E.A. and U.A. (victims) v. Switzerland (C. No. 56/2018)

<sup>105</sup> Komiteye göre, çocuğun yüksek yararı üç ayaklı bir kavramdır: hem maddi bir hak hem yorum ilkesi hem de usul kuralıdır.p. 6.5.

<sup>106</sup> p. 6.5.

<sup>107</sup> A.A.A. (author) and U.A.I. (victim) v. Spain (C. No. 2/2015)

<sup>108</sup> H.M. (author) and A.E.A. (author's son) v. Spain (C. No. 115/2020), p. 12.6.

diğini ileri sürmüştür. Taraf devlet, soruşturma yapmanın 35. madde kapsamına girmediğini bu yüzden başvurunun Komitenin konu bakımından yetki alanı içinde bulunmadığını belirtmiştir. Komite, 35. maddenin taraf devlete çocuk kaçırmaları engelleme yükümlülüğü getirdiğini ve bu yükümlülüğün -maddede açıkça yazmasa da- soruşturma yapmayı içerdiğini belirtmiştir.<sup>109</sup>

Üçüncü İhtiyari Protokol'ün 10/4 maddesine göre, ekonomik sosyal ve kültürel haklar için bireysel başvuru yapıldığında, Komite taraf devletin -ÇHS'nin 4. maddesi uyarınca- kaydedeceği ilerlemelerin uygunluğunu göz önünde bulunduracaktır.

## 2. Kişi Yönünden Yetki

Kişi yönünden yetki çerçevesinde ÇHK'ye kimlerin ve kime karşı bireysel başvuru yapacakları meselesi söz konusudur.

### a) Başvuruyu Kim Yapabilir?

Komiteye kimlerin bireysel başvuru yapabileceği Üçüncü İhtiyari Protokol'ün 5. maddesinde düzenlenmektedir. m. 5/1 uyarınca, başvurular bir hakkın taraf devlet tarafından ihlal edilmesiyle mağdur olduğunu iddia eden kişi veya grup tarafından veya onlar adına hareket eden kişiler tarafından yapılabilir. m. 5/2 uyarınca eğer mağdur veya mağdurlar adına başvuru yapılıyorsa, onay olmaksızın mağdur/mağdurlar adına hareket etme nedeni gerekçelendirilemiyorsa, başvuru onay alınarak yapılacaktır.<sup>110</sup>

Eğer başvuru çocuk tarafından yapılırsa, çocuk hem başvuru hem de mağdur sıfatı taşır. Eğer temsilci ya da çocuğun adına hareket eden kişi başvuruyu yapıyor ise; ilgili kişi başvuru (author), lehine başvuru yapılan çocuk ise mağdur (victim) olarak adlandırılır.<sup>111</sup>

Çocukların başvuru olmaları, ulusal hukuk çerçevesinde fiil ehliyetlerinin bulunup bulunmamasına bağlı değildir.<sup>112</sup>

<sup>109</sup> F.N.P and J.M.P. (authors) v. Spain (C. No. 19/2017), p. 6.3.

<sup>110</sup> Bireysel başvuru eğer mağdur tarafından yapılmıyorsa, mağdurun onayının bulunması BM Sözleşmeleri denetim mekanizması içinde esas olan bir unsurdur. Individual Complaint Procedures under the United Nations Human Rights Treaties, s. 4.

<sup>111</sup> Usul Kuralları md. 12.

<sup>112</sup> Skelton, s. 73; Usul Kuralları md. 13/1.

Mağdur çocuk yerine, yasal temsilci veya onun adına hareket eden bir kişi başvuru yapabilir.<sup>113</sup> Çocuğun temsilcisinin ya da onun adına hareket eden kişinin başvuru yapması durumunda çocuğun onayı alınmış olabilir. Ya da çocuğun onayının alınamamış olduğu bazı durumlar olabilir. Örneğin, çocuğun yaşının çok küçük olması ya da kaçırılmış olması gibi. İkinci durumda yani onay alınmadan başvuru yapıldığında, söz konusu durumun gerekçelendirilmesi gerekir. Bununla birlikte her iki durumda da başvurucu kötü niyetle ya da kendi çıkarı için başvuru yapıyor olabilir. Kötüye kullanmaların engellenmesi için Üçüncü İhtiyari Protokol ve Usul Kuralları hükümler içermektedir.

Üçüncü İhtiyari Protokol'ün 3/2 maddesi Komitenin, usul kurallarına çocuk adına hareket edenlerin çocuğu istismar etmesini engelleyici hükümler koymasını öngörmektedir. Ayrıca, söz konusu hüküm, *Komitenin çocuğun yüksek yararına olmadığına kanaat getirdiği herhangi bir başvuruyu incelemeyi reddedebileceğini* düzenlemektedir.

Protokol'ün 3/2 maddesi paralelinde kötüye kullanmaları engellemek için Usul Kuralları'nda ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Usul Kuralları m. 1/2 uyarınca *"Komite çocukların kendi adına hareket edenler tarafından baskı altında tutulmamaları ve kandırılmamaları için bütün gerekli önlemleri alır"*. Ayrıca, *"Çalışma Metotları"* (Working Methods) D/15 uyarınca, *"başvuru temsilci tarafından yapıldığında çalışma grubu, çocuğun uygun olmayan bir baskı altında olup olmadığını değerlendirir"*. Bu değerlendirme kuşkusuz protokole hâkim olan iki ana ilke olan çocuğun yüksek yararı ile çocuğun hak ve görüşlerinin göz önüne alınması ilkeleri çerçevesinde yapılacaktır.<sup>114</sup>

Usul Kuralları m. 13/2 uyarınca, başvuru çocuğun onayı ile yapılmasına rağmen Komite baskı ve kandırılma konusunda endişe duyarsa, Genel Sekreterlikten ek bilgi edinmesini talep eder. Ek bilgi, başvurucudan, çocuktan veya 3. kişilerden alınabilir.<sup>115</sup> Ek bilgi, kötüye kullanma ve kandırma olup olmadığı ve başvurunun çocuğun yüksek yararına olup olmadığı hususunda alınır.

<sup>113</sup> Jaap E. Doek, "Individual Communications Submitted under the Protocol to the CRC on a Communications Procedure and Admissibility", Leiden Law School, V. 2, pp. 1-50 (Individual Communications), s. 16

<sup>114</sup> Üçüncü İhtiyari Protokol m. 2; Çocuğun yüksek yararı ilkesi ile çocuğun dinlenilme hakkı birbirlerini tamamlayan iki ilkedir. Bkz. Genel Yorum 12 (2009), p. 74.

<sup>115</sup> Usul Kuralları m. 13/2.

Usul Kuralları m. 13/3 uyarınca, başvuruçunun çocuğun onayını almadığı ve gerekçenin *bulunduğu* başvurularda, Komite çocuğun yüksek yararı ilkesini esas alır ve mümkünse mağdur bilgilendirilerek, yaşı ve olgunluk seviyesi de göz önüne alınarak görüşüne başvurulur.<sup>116</sup>

Usul Kuralları m. 20/4 uyarınca hem mağdurun onayı ve hem de gerekçelendirme *bulunmadığı*nda, durumun özel koşulları ve sağlanan bilgiler değerlendirildikten sonra başvurunun incelenmesi çocuğun yüksek yararına görülmezse başvuru incelenmez.<sup>117</sup> Aslına bakılırsa bu kural oldukça şaşırtıcıdır ve Protokol m. 5/2 ile Usul Kuralları m. 20/4 arasında bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Çünkü Protokol m. 5/2 uyarınca onayın neden bulunmadığının gerekçelendirilmesi gerekir ve bu hüküm gerekçe yoksa başvurunun kabul edilmeyeceği anlamına gelir.<sup>118</sup> Şu hâlde, usul kuralları m. 20/4'te çocuğun yüksek yararı görülmezse başvurunun incelenmeyeceği neden belirtilmektedir? Bu hükümden şu sonuç çıkmaktadır: Çocuğun yüksek yararı varsa, her hâlükârda Komite başvuruları kabul edilebilir bulacaktır.<sup>119</sup> Nitekim Komitenin içtihadı da bu yöndedir.

Sonuç olarak, Protokol'ün 5/2 maddesinde onay yoksa mutlaka gerekçelendirme arandığı görülmektedir. Oysaki Usul Kuralları m. 20/4 uyarınca hem onay hem de gerekçe olmasa bile, çocuğun yüksek yararı olduğu durumda başvuru kabul edilebilecektir.<sup>120</sup>

İspanya'ya karşı yapılan bir başvuruda başvuruçunun baba, çocuklarıyla direkt ilişki kurmadığını ve çocuklarının mağdur olduğunu ileri sürmektedir. Çocukların onayı bulunmamakla birlikte, Komite sunulan bilgi ve belgeler doğrultusunda başvuruçunun çocuklarının onayını alabilecek durumda olmadığını ve başvuruda çocukların yüksek yararının bulunduğunu belirterek, kişi yönünden yetki açısından kabul edilebilirlik kararı vermiştir.<sup>121</sup>

<sup>116</sup> Usul Kuralları m. 13/3.

<sup>117</sup> Usul Kuralları m. 20/4.

<sup>118</sup> Doek, Individual Communications, s. 14.

<sup>119</sup> Doek, Individual Communications, s. 15; Information Pack About the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure (OPIC), s. 16; J.S.H.R. (author), L.H.L and A.H.L. (victims) v. Spain (C. No. 13/2017) p. 9.2; X (author), Y and Z. (victims) v. Finland (C. No. 6/2016), p. 9.4

<sup>120</sup> Doek, Individual Communications, s. 14.

<sup>121</sup> J.S.H.R. (author), L.H.L and A.H.L. (victims) v. Spain (C. No. 13/2017) p. 9.2.

Finlandiya'ya karşı yapılan bir diğer başvuruda başvuru anne, çocukların velayetine sahip değildir ve ikiz çocukları için başvuru yapmıştır. Her ne kadar çocukların onayı olmasa da Komite çocukların yaşının onay alınamayacak kadar küçük olduğunu ve çocukların yüksek yararının söz konusu olduğunu belirterek, yetki açısından başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.<sup>122</sup>

Almanya'ya karşı yapılan bir başvuruda çocuğuyla görüşmesinde anne tarafından engel çıkarılan baba, çocuğun onayı bulunmadan başvuruda bulunmuştur. Çocuğun babasıyla görüşmeyi istememesi de göz önüne alındığında çocuğun onayı bulunmayan başvuruda çocuğun yüksek yararı bulunmadığı tespit edilerek kabul edilmezlik kararı verilmiştir.<sup>123</sup>

Çocuğu ile görüşemeyen bir babanın Panama'ya karşı yaptığı başvuruda, çocuğun onayı bulunmamakta ve baba neden onay almadığı konusunda bir gerekçe sunmamaktadır. Bununla birlikte, Komite bu açıdan kabul edilmezlik kararı vermemiştir.<sup>124</sup>

Komiteye yapılan başvuruların kabul edilmesi için Sözleşme'de yer alan hakkın ihlali, kişinin 18 yaşını doldurmasından önce gerçekleşmelidir.<sup>125</sup> Mağdur, 18 yaşından büyük olmakla birlikte, Sözleşme veya ihtiyari protokollerde yer alan haklarının ihlal edildiği tarihte 18 yaşın altındaysa, Komiteye başvuru yapabilir.<sup>126</sup>

Başvurunun kabul edilmesi için, başvuru çocuğun veya adına başvuru yapılan çocuğun mağdur statüsünde olması gereklidir.<sup>127</sup>

Başvurular temsilci ve çocuk adına hareket eden kişiler tarafından, çocuğun haklarının ihlal edildiği gerekçesi ile yapılabilir. Çocuk adına hareket eden yetişkinlerin kendi haklarının ihlal edildiği gerekçesi ile yaptıkları başvurular kabul edilmezlik kararı ile sonuçlanmaktadır.<sup>128</sup>

<sup>122</sup> X (author), Y and Z. (victims) v. Finland (C. No. 6/2016), p. 9.4.

<sup>123</sup> M.W. (author) and V.W. (victim) v. Germany (C. No. 75/2019), p. 9.3.

<sup>124</sup> Y.F. (author) and F.F., T.F. and E.F. (victims) v. Panama (C. No. 48/2018), p. 8.1-8.4.

<sup>125</sup> Doek, Individual Communications, s. 21.

<sup>126</sup> Woldemichael, s. 82; De Beco, s. 375.

<sup>127</sup> Başvurucunun mağdur statüsünde olduğunu göstermek üzere, kişisel olarak gerçek ve önemli zarara uğradığını kanıtlaması konusunda bkz. Chiara Sacchi (author and victim) v. Turkey, (C. No. 108/2019), p. 9.13- 9.14.

<sup>128</sup> J.S.H.R. (author), L.H.L and A.H.L. (victims) v. Spain (C. No. 13/2017), p. 9.3.

Bununla birlikte Sözleşmenin ana babaya/çocuğun bakımından sorumlu olan kişilere bazı haklar tanınması sebebiyle (Ör. m. 5, m. 18/2, m. 27/3), bu hakların ihlal edilmesi durumunda söz konusu kişilerin başvurularının da kabul edilmesi gerektiği bazı yazarlarca doktrinde savunulmaktadır.<sup>129</sup>

### b) Başvuru Kime Karşı Yapılır?

Bireysel başvuru daima Üçüncü İhtiyari Protokol'e taraf devlete karşı yapılır. Protokol'ün 1/3 maddesi uyarınca "*İşbu Protokole taraf olmayan bir Devleti ilgilendiren hiçbir başvuru, Komite tarafından alınmayacaktır*". Protokol'e taraf olmayan bir devlet aleyhine yapılan başvuru kişi açısından yetkisizlik söz konusu olduğu için reddedilecektir.

Özel kişilere karşı bireysel başvuru yapılması mümkün değildir.

ÇHS'nin bazı maddelerinde ana babanın ya da çocuğun bakımından yasal olarak yükümlü kişilerin ödevlerinin belirtilmiş olması, bu kişilere karşı başvuru yapılabilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Bireysel başvurular her daim taraf devlete karşı yapılır. Söz konusu kişilerin yükümlülüklerini yerine getirmemesinde taraf devletin dahli var ise, devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Ayrıca anne baba/çocuğun bakımından yasal olarak yükümlü olanlar dışında diğer kişilerin ihlalleri konusunda da taraf devlet koruma görevini yerine getirmediğinde yine pozitif yükümlülüğün yerine getirilmemesi dolayısıyla devletin sorumluluğu söz konusu olacak ve devlete karşı başvuru yapılabilecektir. Bu noktada Sözleşme'nin/Protokol'ün üçüncü kişiler alanındaki dolaylı yatay etkisinden bahsetmek mümkündür.<sup>130</sup>

### 3. Yer Yönünden Yetki

Protokol'ün 5. maddesi uyarınca, başvurular, taraf devletin yetki sınırları içerisindeki ihlal iddialarına yönelik olarak yapılabilir. Yetki alanının öncelikle, siyasal sınırlar içinde olan coğrafi alanı kapsamaması esastır. Bununla birlikte, Komite bireysel başvurular sonucunda ver-

<sup>129</sup> Doek, Individual Communications, s. 20.

<sup>130</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kişi bakımından yetkisi ve AİHS kapsamında devletin pozitif yükümlülükleri konusunda bkz. Feyyaz Gölcüklü-Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara-2011, s. 45-49.



diği kararlarında taraf devletlerin yer bakımından yetkilerinin siyasal sınırlar içindeki coğrafi bölge ile sınırlı olmadığını, devlet otoritesinin egemen olduğu yerleri de içerdiğini belirtmektedir. Ayrıca devletin vatandaşı olan çocuklar için sınırları dışında olsa bile ekstra yükümlülükleri olduğu kabul edilmektedir.<sup>131</sup>

Chiara Sacchi ve farklı on iki ülkeden on beş çocuk ihtiyari protokole taraf olan beş ülke aleyhine (Almanya, Arjantin, Brezilya, Fransa ve Türkiye) iklim değişikliği ve küresel ısınma (özellikle karbon salınımı) konusunda gerekeni yapmadıkları ve bundan dolayı ÇHS'nin belirli maddelerinin ihlal edildiği iddiası ile Komiteye başvurmuşlardır. Başvuru, Komite tarafından beş ülke için ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Komitenin beş ayrı kararı değerlendirildiğinde, son tahlilde kabul edilmezlik kararı verilse de başvuru yer açısından yetki açısından kabul edilmez bulunmamıştır.<sup>132</sup> Türkiye'nin Komiteye sunduğu gözlemlerde, başvuruçulardan hiçbirisinin ülke sınırları içinde yaşamadığı ve devletle yasal ya da olaylara ilişkin hiçbir ilişkilerinin bulunmadığı; bu nedenle başvurunun Komitenin yetki alanı dışında bulunduğu ileri sürülmüştür. Başvuruçular ise taraf devletin iklim değişikliği ve karbon kirliliği konusundaki eylem ve ihmalden etkilendiklerini ileri sürmektedir. Başvuruçulara göre, iklim değişikliği ve bunu takiben çevreye verilen insan haklarını etkileyen zarar global bir meseledir. Taraf devletin karbon emilimi konusunda kendi sınırları içindeki kontrolü, sınırlarının dışında da etkilidir. Komite öncelikle Protokol'ün 2. maddesi uyarınca devletlerin kendi yetki alanlarındaki eylemlerden sorumlu olduğunu tespit etmiş; Protokol'de "sınır" kavramının yer olmadığını, sınır dışı yetkinin ise dar yorumlanması gerektiğini belirlemiştir. Bununla birlikte, Komiteye göre, karbon emisyonunun çevreye ve sınırların dışına verdiği zarar, taraf devlet tarafından önceden öngörülebilir bir durumdur.<sup>133</sup>

#### 4. Zaman Yönünden Yetki

Protokol'ün 7/g maddesi uyarınca bir başvurunun kabul edilebilir bulunması için, başvuru konusu ihlalin taraf devleti bağlayan

<sup>131</sup> Ortak Genel Yorum No. 4, (Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Korunması Komitesi ve ÇHK), 2017, p. 17/e ve 9; Yer yönünden yetki konusunda bkz. Doek, Individual Communications, s. 10.

<sup>132</sup> Chiara Sacchi (author and victim) v. Turkey, (C. No. 108/2019), p.9.2-9.12.

<sup>133</sup> p. 9.3-9.12.



Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihinden sonra gerçekleşmesi veya söz konusu ihlalin bu tarihten sonra devam etmesi/sürekli olması<sup>134</sup> gereklidir. Protokol m. 20 uyarınca Komitenin bireysel başvurular açısından yetkisi Protokol'ün yürürlüğe girmesi ile başlar. Bununla birlikte, eğer bir devlet protokol yürürlüğe girdikten sonra Protokole taraf olursa, Protokole taraf olunan tarihten sonraki ihlal iddiaları için Komiteye bireysel başvuru yapılabilir.

#### D. GEÇİCİ TEDBİR ALINMASI

Protokol'ün 6. maddesi uyarınca, *“başvurunun alınmasından sonra, herhangi bir zamanda ve esasa ilişkin karara varılmadan önce, Komite, acilen dikkate alınmak üzere, taraf devletten, ihlal mağdurunun/mağdurlarının telafisi mümkün olmayan zararlardan korunmaları için istisnai durumlarda geçerli olabilecek geçici tedbirlerin alınması yönünde talepte bulunabilir.”*<sup>135</sup>

2019 yılında Komite “İhtiyari Protokolde Yer Alan Başvuru Prosedüründe Yer Alan Geçici Tedbirlere İlişkin İlkeler”i kabul etmiştir.<sup>136</sup> Bu ilkeler uyarınca, geçici tedbirler koruyucu ve önleyici tedbirler şeklinde ikili bir yapıya sahiptir. Tedbirler, telafi edilemez zararın önlenmesine ve hakların kullanımının sağlanmasına yöneliktir. Bu bağlamda tedbirlerin amacı Komitenin esasa ilişkin kararının etkinliğini/bütünlüğünü sağlamak ve ilgili devletin, son Görüşlerde yer alan tavsiye edilen giderimleri yerine getirmesini sağlamaktadır.<sup>137</sup>

Protokol'ün 6. maddesinde sözü edilen “istisnai durumlar” ifadesi,<sup>138</sup> devletin eylem veya ihmalinin korunan hak ya da Komitenin nihai kararı üzerindeki vahim etkisine işaret etmektedir. Yine 6. maddede yer alan “telafisi olmayan zarar” ifadesi ise, yapıları gereği telafisi, eski haline getirilmesi ya da yeterli şekilde tazmini mümkün

<sup>134</sup> AİHS çerçevesinde zaman yönünden yetki açısından istisnai bir durum olarak görülen “sürekli ihlal” için bkz. Gölcüklü, s.; Practical Guide on Admissibility Criteria, Council of Europe/European Court on Human Rights, 2022, [https://www.echr.coe.int/documents/admissibility\\_guide\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_eng.pdf), 10.10.2021, s. 66 vd.

<sup>135</sup> Carletti, s. 117.

<sup>136</sup> Information Pack About the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure (OPIC), s. 17.

<sup>137</sup> İhtiyari Protokolde Yer Alan Başvuru Prosedüründe Yer Alan Geçici Tedbirlere İlişkin İlkeler, p. 2.

<sup>138</sup> Protokolde yer alan “istisnai durumlar” ibaresi, geçici tedbir kararı verilmesini zorlaştırabileceği için, doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Johansson, s. 72.

olmayan hak ihlallerine karşılık gelmektedir.<sup>139</sup> Komitenin geçici tedbir kararı alması için risk veya tehdidin somut ve yakın olması; ayrıca riskin kanıtlanması şartı aranmaktadır.<sup>140</sup> Çocuk hakları ihlalleri, çocukların gelişimi için genellikle ciddi ve uzun süreli etkiler bırakır. Bu yüzden geçici tedbirler sadece yaşam hakkı ve kişisel bütünlük hakkı ihlalleri ile sınırlı olarak verilmez, Sözleşme ve ihtiyari protokollerde yer alan tüm haklara uzanacak şekilde verilebilir.<sup>141</sup> Belirtmemiz gerekir ki Komitenin geçici tedbir kararı verilebilecek durumları geniş yorumlaması son derece olumludur.

Komite, çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda geçici tedbir kararı alınmasına kendiliğinden karar verebilir.<sup>142</sup> Geçici tedbir kararı Komitenin karar verme sürecinde -kendisine ulaşan bilgiler ışığında- her an verilebilmekle birlikte, genellikle başvurunun ilk aşamasında verilmektedir.<sup>143</sup> Komite, Protokol'ün 6. maddesinin taraf devlete, geçici tedbire uygun davranmak konusunda uluslararası hukuki sorumluluk yüklediği kanaatindedir.<sup>144</sup>

Danimarka'ya karşı yapılan bir başvuruda, başvurucu, kızı için başvuru yapmıştır. Başvurucu ve kızı hakkında sınır dışı edilme kararı verilmiş olup, başvurucu kızının Somali'de kadın sünnetine maruz kalma riski altında olduğunu ileri sürmüştü ve sınır dışı edilmemeleri için geçici tedbir kararı talep etmiştir. Komite geçici tedbir kararı vermiş; akabinde Danimarka sınır dışı etme kararını ertelemiştir.<sup>145</sup>

## E. KABUL EDİLEBİLİRLİK KOŞULLARI

Komiteye yapılan başvuruların kabul edilebilir bulunması için, Protokol'ün 7. maddesinde yer alan tüm kabul edilebilirlik koşullarının karşılanması gereklidir. Komitenin esasa ilişkin inceleme yapması

<sup>139</sup> İhtiyari Protokolde Yer Alan Başvuru Prosedüründe Yer Alan Geçici Tedbirlere İlişkin İlkeler, p.2

<sup>140</sup> p. 3; Carletti 127.

<sup>141</sup> p. 4

<sup>142</sup> p. 7.

<sup>143</sup> p. 8.

<sup>144</sup> p. 9. Komite kararlarının bağlayıcılık taşımaması ve Protokol'ün 6. maddesinin ihtiyari tedbir kararının gereklerinin yerine getirilmesi konusunda net ifade içermemesi, doktrinde bu kararların devletlerce uygulanmasına ilişkin endişe doğurmuştur. Woldemichael, s. 195.

<sup>145</sup> Case R.H.M. (author) and Y.A.M. (victim) v. Denmark (Case No. 83/2019).

için öncelikle başvurunun kabul edilebilir bulunması gereklidir. Belirtmek gerekir ki kabul edilebilirlik koşulları diğer BM temel insan hakları sözleşmelerinde yer alan koşullarla büyük ölçüde benzerlik taşımaktadır. Önemli olan, diğer yargısal/yarı yargısal organlardan farklı olarak, Komitenin bu koşulları İhtiyari Protokol'un 2. ve 3. maddeleri uyarınca çocuğun yüksek yararı ile çocuğun haklarını/görüşlerini göz önüne alarak ve çocuğa duyarlı olarak belirlenmiş usul kuralları çerçevesinde yorumlayacak olmasıdır. (7. maddenin 3. ve 2. madde ile değerlendirmesi sonucunda).<sup>146</sup> Bu noktadaki gelişimi ÇHK kararları belirlemektedir.

Protokolün 7. maddesi uyarınca başvurunun kabul edilebilir bulunması için gerekli olan kriterler ve bu kriterlere ilişkin esaslar aşağıda sıralanmaktadır.

### **1. Başvuruda İsmi Bulunması/Başvurunun Anonim Olmaması (7/a)**

Üçüncü İhtiyari Protokol'ün 7. maddesinde yer alan birinci kabul edilebilirlik koşulu başvurunun anonim olmamasıdır. Başvurucunun ve mağdurun kimlikleri ve iletişim bilgileri başvuruda yer almalıdır. Bununla birlikte mağdur ya da başvurucunun isimleri, aksini talep etmedikleri sürece, kabul edilmezlik kararları, dostça çözüm sonucunda başvurunun sonlandırılması kararı ve Görüşlerde açıklanmaz.<sup>147</sup>

Bireysel başvuruların yapılmasında kimliğin belirtilmesinin genel amacı, bu yolun propaganda amacıyla kullanılmasının önlenmesidir. Bu yüzden, kimliği belli olmayan mağdurlar/başvurucular için yapılan başvurular kabul edilmez.<sup>148</sup>

### **2. Başvurunun Yazılı Olması (7/b)**

Üçüncü İhtiyari Protokol, başvurunun yazılı olması şartını aramaktadır. Usul Kuralları m. 16/3-d uyarınca, başvurunun yazılı olması, yazılı bildirimleri destekleyen materyalin de yazılı olmasını gerektirmektedir.

<sup>146</sup> Usul Kuralları md. 20.

<sup>147</sup> Usul Kuralları md. 29/4.

<sup>148</sup> Gölcüklü/Gözübüyük, s. 94.

Başvurunun yazılı olması gereğine doktrinde ve uygulamada bazı eleştiriler getirilmiştir. Bunun sebebi çocuğun kendisinin başvuru olması durumunda, küçük çocukların yazmayı bilmelerinin mümkün olmaması ve hatta yaşı büyük de olsa bazı çocukların okuma yazma bilme olanaklarının bulunmamasıdır. Bu görüşe karşı, çocuk yerine çocuğun ebeveynlerinin ya da temsilcilerinin başvuru yapabileceği ile sürülse de bazı durumlarda çocuğun temsilcileri veya ebeveyni ile çıkarlarının çatışması mümkündür. Bu yüzden doktrinde çocukların internet üzerinden görüntülü görüşme, video kaydı ya da online dilekçe gönderme, görüntülü görüşme, resim yoluyla anlatım gibi araçlarla başvuru yapabilme yollarının kabul edilmesi önerilmektedir.<sup>149</sup> Bu noktada, BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme çerçevesinde bireysel başvuru yapabilmek için, yazılı başvurunun kabul edilebilirlik şartı olarak öngörülmemesi örnek olarak gösterilmektedir.<sup>150</sup>

### **3. Başvurunun, Hakkın Kötüye Kullanılmasını Teşkil Etmemesi veya Sözleşme ve Ek İhtiyari Protokolleriyle Bağdaşması (7/c)**

Genel olarak bireysel başvuru öngören mekanizmalar söz konusu olduğunda, başvuru hakkının kötüye kullanıldığı başlıca durumlar, salt siyasi propaganda yapılması, başvuruda hakaret niteliği taşıyan sözlerin yer alması, denetim organına gerçek dışı bilgi verilmesi olarak sayılabilir.<sup>151</sup>

ÇHS ve İhtiyari Protokol özelinde, başvuru hakkının kötüye kullanılmaması kriteri, başvuru yapan çocuklar adına başvuru yapması sebebiyle kendine özgü önem taşımaktadır; çünkü başvuru, çocuğu değil kendi çıkarını gözetebilir.

Başvurunun sözleşme ve ek ihtiyari protokolleriyle bağdaşması şartı, yapılan başvuruya ilişkin olarak, Komitenin kişi, konu, yer ve zaman açısından yetkili olmasına işaret etmektedir.

Söz konusu kriterle ilişkin olarak, başvuru yapan kişi, kendi haklarının ve yeğeninin haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Komiteye

<sup>149</sup> Johansson, s. 66; Van Bueren, s. 129; Woldemichael, s. 87.

<sup>150</sup> De Beco, s. 376; Doek, Individual Communications, s. 19.

<sup>151</sup> Gölcüklü/Gözübüyük, s. 98-100; AİHS çerçevesinde kötüye kullanma oluşturan durumlar için bkz. Practical Guide on Admissibility Criteria, s. 52 vd.

başvurmuştur. Başvurucunun kendi hakları açısından başvuru, bireysel başvuruların yetişkinlerin değil çocukların haklarını koruduğu gerekçesi ile reddedilmiştir. Kabul edilmezlik sebebi başvurunun Sözleşme ve ek protokolleriyle bağdaşmamasıdır.<sup>152</sup>

#### 4. Aynı Konunun Daha Önce Komite Tarafından veya Başka Bir Uluslararası Soruşturma/ Çözüm Prosedürü Çerçevesinde İncelenmemiş Olması (7/d)

Genel olarak bireysel başvuru prosedürü içinde, bir başvurunun sözleşme denetim mekanizması tarafından kabul edilmesi için, daha önce yapılan bir başvuru ile esas itibariyle aynı olmaması gerekir. Bunun için, başvurunun kabul edilebilirlik aşamasında reddedilmiş olması yeterlidir. Başvuru yolunun tüketilmemesi sebebi ile reddedilen başvurular ise denetim mekanizmasının önüne tekrar getirilebilir. Bunun yanı sıra başvuru, -devam eden ihlal gibi- yeni olaylar veya yeni bilgi içeriyor ise, yine denetim mekanizması tarafından kabul edilebilir.<sup>153</sup>

Başka bir uluslararası soruşturma ve çözüm prosedürünce daha önce incelenmemiş olma şartı çerçevesinde, ÇHK'ye yapılan başvuru daha önce başka bir (yargısal veya yarı yargısal) uluslararası yere yapılmış başvuruyla esas itibariyle aynı olmamalıdır. Bu koşulun sebebi birden fazla uluslararası yere başvurulmasının önlenmesidir.<sup>154</sup>

Finlandiya'ya karşı yapılan bir başvuruda, çocuğu ile irtibat kuramayan başvurucunun daha önce AİHM'ne başvuru yapmış olması ve başvurunun kabul edilmezlik kararı ile sonuçlanması, Komitenin kabul edilmezlik kararı vermesini gerektirmemiştir. Çünkü Komite, AİHM'nin aynı konuyu incelemeyeceğine karar vermiştir.<sup>155</sup>

Danimarka'dan Arnavutluk'a sınır dışı edilme kararı ile ilgili yapılan bir başvuru ise daha önce İnsan Hakları Komitesinin (İHK) önüne götürülmüştür. Bununla birlikte Arnavutluk'ta süren kan davasına

<sup>152</sup> A.A.A. (author) and U.A.I. (victim) v. Spain (C. No. 2/2015), p. 4.4; Aynı yönde bakınız. X (author), Y and Z. (victims) v. Finland (C. No. 6/2016), p. 9.3.

<sup>153</sup> Practical Guide on Admissibility Criteria, s. 49 vd.; Gölcüklü/Gözübüyük, s. 94.

<sup>154</sup> Practical Guide on Admissibility Criteria, s. 50 vd.; Gölcüklü/Gözübüyük, s. 96; Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, Bursa-2020, s. 520, 521

<sup>155</sup> X (author), Y and Z. (victims) v. Finland (C. No. 6/2016), p. 9.2.

ilişkin hususlar İHK önünde belirtilmediği için, ÇHK başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.<sup>156</sup>

### 5. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi (7/e)

Üçüncü İhtiyari Protokol m. 7/e uyarınca mevcut, ulaşılabilir tüm iç hukuk yollarının tüketilmesi gereklidir. Yasal yollar için yapılan başvuruların makul gerekçeler dışında uzadığı veya etkili bir çözüm getirmekten uzak olduğu durumlarda iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmayacaktır. Kanun yollarının tüketilmesi şartının aranması, ikincillik ilkesinin bir gereğidir.<sup>157</sup>

Protokol m. 7/e uyarınca iç başvuru yollarının tüketilmesinin istisnaları, başvuru yolunun etkisiz olması ve makul gerekçeler dışında uzamış olmasıdır.

İç başvuru yolunda makul sürenin ne kadar olacağı her olayın kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirilecektir.<sup>158</sup> Örneğin ilkokula başlatılmadığı için çocuğun eğitim hakkının ihlal edildiğine dair bir başvuruda Komite, iki yıl sürenin makul olmayan derecede uzun olduğunu tespit ederek başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.<sup>159</sup> Makul sürenin ne kadar olması gerektiğinin belirlenmesi konusunda çocuğun yüksek yararı ilkesinin rehber alınması gerektiği önerilmektedir.<sup>160</sup>

Başvuru yollarının etkisizliğine ilişkin olarak, yukarıda sözü edilen Chiara Sacchi ve on beş çocuğun beş devlet aleyhine iklim değişikliği ve küresel ısınma (özellikle karbon salınımı) konusunda yaptığı başvuruda, aleyhine başvuru yapılan devletlerden Türkiye'ye ilişkin kararda, başvuru yapanların kendileri için çok zor ve masraflı olduğunu, başvuru yapsalar dahi sürecin çok uzun süreceğini ve sonuç alma olanaklarının pek mümkün olmadığını belirtmiştir. Komite ise, yargısal ve idari tüm başvuru yollarının tüketilmesi gerektiğini

<sup>156</sup> Z.H. and A.H. (authors), K.H., M.H. and E.H. (victims) v. Denmark (C. No. 32/2017), p. 8.3.

<sup>157</sup> Skelton, s. 71; ikincillik ilkesi için bkz. Herbert Petzold, "The Convention and the Principle of Subsidiarity" in Macdonald J./Matscher F./Petzold H., The European System for the Protection of Human Rights, London-1993, s. 41 vd.

<sup>158</sup> Woldemichael, s. 87; Bkz. Doek, Individual Communications, s. 30.

<sup>159</sup> H.M. (author) and A.E.A. (victim) v. Spain (C. No. 115/2020), p.11.2.

<sup>160</sup> Woldemichael, s. 87.

belirtmiştir. Başvurucuların iddialarını kanıtlayan delillerin bulunmaması ve hukuk yollarının tüketilmesi konusunda hiçbir çaba gösterilmemesi karşısında, iç başvuru yollarının tüketilmemesi sebebiyle kabul edilmezlik kararı verilmiştir.<sup>161</sup>

Almanya'ya karşı yapılan bir başvuruda başvuru, çocukların oy hakkı ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapmadığını çünkü bu yolun etkisiz olduğu belirtmiştir. Komite, başvuru yollarının etkililiği ya da alınacak sonuca ilişkin varsayımların bu yollara başvurmamak için gerekçe olamayacağını belirtmiş ve kabul edilmezlik kararı vermiştir.<sup>162</sup> Eğer ilgili konuda Anayasa Mahkemesi içtihadı ortaya konmuş olsa idi, kabul edilebilirlik kararı verilmesi mümkün olacaktı.

Ulaşılabilirliğin, etkililik için bir unsur olduğu söylenebilir. Bu noktada çocuklar için adli yardım da önem taşımaktadır. Danimarka'ya karşı yapılan bir başvuruya konu olan olayda, temyiz için adli yardım yapılmamış ve bu nedenle iç başvuru yolu tüketilememiştir. İç başvuru yolu tüketilmemekle birlikte kabul edilmezlik kararı verilmemiştir.<sup>163</sup> Ancak adli yardım konusundaki içtihat yerleşik hale gelmemiştir.<sup>164</sup>

Belirtilmesi gerekir ki iç hukuk yolunun tüketilmesi için, sadece ulusal mercilere başvurmak yeterli değildir. Çiğnendiği iddia edilen Sözleşme hükmünün zımnen veya özü itibarıyla iç hukuk yolunda ileri sürülmüş olması gerekir. Nitekim Komite, iç hukuk yolunda ileri sürülmeyen sözleşme maddeleri açısından kabul edilmezlik kararları vermektedir.<sup>165</sup>

İç başvuru yollarının tüketilmesi ve adalete erişim konusunda çocukların yaşayabileceği sıkıntılar nedeniyle, söz konusu kabul edilebilirlik nedeni bazı yazarlar tarafından eleştirilmekte ve Komitenin bu kabul edilebilirlik nedenini, maddede yer alan istisnalar çerçevesinde, esnek biçimde ele alması gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>166</sup>

<sup>161</sup> p. 9.15-9.20.

<sup>162</sup> D.C. (author and victim) v. Germany (C. No. 60/2018), p. 6.5.

<sup>163</sup> A.S. (author and victim) v. Denmark (C. No. 36/2017), p. 9.2.

<sup>164</sup> Doek, Individual Communications, s. 47.

<sup>165</sup> Z.Y. and J.Y. (authors) and A.Y. (victim) v. Denmark (C. No. 7/2016), p. 8.4.

<sup>166</sup> Johansson, s. 60 vd.



## 6. Başvurunun Açıkça Temelsiz Bulunmaması ve Yeterince Kanıtlanması (7/f)

Başvuruların kabul edilmez bulunmasının en yaygın sebeplerinden birisi iddiaların temellendirilmemesi ve yeterince kanıtlanmamış olmasıdır.<sup>167</sup>

Söz konusu kabul edilmezlik nedeninin, yukarıda yer alan diğer nedenlerden farkı, Komitenin kabul edilebilirlik aşamasında, işin esasına girmek durumunda kalmasıdır. Tüm bireysel başvuru öngören Sözleşme sistemleri açısından böyle bir kabul edilebilirlik kriterinin bulunmasının nedeni, temeli olmayan başvuruların ilk aşamada ele-nerek, zaman kaybının önlenmesidir.<sup>168</sup> Başvurunun açıkça temelsiz olmasının temel nedenleri, yeterince kanıt olmaması, açıkça ihlalin bulunmaması veya Sözleşmeye aykırı olmayan olayların başvuru konusu yapılmasıdır.<sup>169</sup>

Belirtmek gerekir ki olayların ve kanıtların incelenmesi ve iç hukukun yorumu ulusal makamların yetki alanındadır; yeter ki bu değerlendirme keyfi olmasın ve adaletin reddi anlamına gelmesin. Finlandiya'ya karşı yapılan bir başvuruda başvurucunun ulusal Mahkeme kararına itiraz etmesi ancak bu kararın keyfi olduğunu ya da adaletin reddi anlamına geldiğini gösterememesi karşısında, Komite kabul edilmezlik kararı vermiştir.<sup>170</sup>

İddianın sadece genel olarak ortaya konması da Komite tarafından yeterli bulunmamaktadır.<sup>171</sup> Örneğin başvurucu ve çocuklarının İsviçre'den İtalya'ya sınır dışı edilmelerine ilişkin başvuruda, başvurunun İtalya'da kötü muamele görmüş kişilere karşı yeterli psikolojik tedavi imkanlarının bulunmadığına ilişkin yönü, iddiayı kanıtlayacak kanıt sunulmaması nedeniyle açıkça temelsiz nitelikte bulunmuştur.<sup>172</sup>

<sup>167</sup> Doek, *Individual Communications*, s. 49.

<sup>168</sup> *Practical Guide on Admissibility Criteria*, s. 72 vd; Gölcüklü/Gözübüyük, s. 97.

<sup>169</sup> J.G. Merrills J.G-Robertson, A.H, *Human Rights in Europe, A Study of the European Convention on Human Rights*, Manchester-2001, s. 311; Gölcüklü/Gözübüyük, s. 97; *Practical Guide on Admissibility Criteria*, s. 73 vd.

<sup>170</sup> X (author), Y and Z. (victims) v. Finland (C. No. 6/2016), p. 9.8.

<sup>171</sup> V.A. (author) and E.A. and U.A. (victims) v. Switzerland (C. N. 56/2018), p. 6.4.

<sup>172</sup> p. 6.6.



### **7. Başvuru Konusu Durumun Üçüncü İhtiyari Protokolün Yürürlüğe Girmesinden Sonra Meydana Gelmesi veya Devam Etmesi (7/g)**

Söz konusu kabul edilebilirlik şartı, Komitenin zaman bakımından yetkisine ilişkindir. Kabul edilebilirlik şartının kaleme alınışından, süregelen ihlal söz konusu olduğunda, başvurunun kabul edileceği anlaşılmaktadır.<sup>173</sup>

Protokol'ün taraf devlet açısından yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen olaylar için yapılan bireysel başvurular kabul edilmezlik kararları ile sonuçlanmaktadır. Roman ailenin yaşadıkları kamp yerinden çıkarılmasına ilişkin Fransa'ya karşı yapılan bireysel başvuruda, Danıştay kararı dahil olmak üzere tüm olay zincirinin ihtiyari protokolün Fransa açısından yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşmesi sonucunda, zaman bakımından kabul edilmezlik kararı verilmiştir.<sup>174</sup>

### **8. Başvurunun İç hukuk Yollarının Tüketilmesinin Ardından Bir Yıl İçinde Yapılması (7/h)**

Üçüncü İhtiyari Protokol uyarınca, başvurucuların söz konusu zaman sınırı içinde başvuruyu yapmalarının mümkün olmadığını kanıtladıkları durumlar dışında, başvurunun iç hukuk yollarının tüketilmesini izleyen bir yıl içinde yapılmış olması gereklidir.

Protokolün hazırlanması sırasında, süre konusunda farklı ülkeler farklı fikirler ileri sürmüştür. Brezilya ve bazı ülkeler süre koşulu konmasına karşı çıkmıştır.<sup>175</sup> Bazı ülkeler ise süre sınırı olacaksa, sürenin -başvuruyu daha önce yapma imkanı bulunmamış ise- çocuğun reşit olduğu tarihten itibaren başlaması gerektiğini savunmuştur.<sup>176</sup> Özellikle kırsal kesimde yaşayan ve yoksul çocukların uluslararası bir mekanizmaya ulaşabilmelerindeki zorluklar açısından, ÇHS sistemi için süre koşulu doktrinde de eleştirilmekte ve ÇHS, IAOKS ve ESKHS si-

<sup>173</sup> De Beco, s. 376.

<sup>174</sup> S.C.S. (author) and B.S.S., C.A.S. and C.M.S. (victims) v. France (C. No. 10/2017), p. 6.2.

<sup>175</sup> Woldemichael, s. 89, 92.

<sup>176</sup> Johansson, s. 68; De Beco, s. 376.

temleri dışında diğer BM temel sözleşme sistemlerinde bireysel başvuru için süre koşulu bulunmadığı belirtilmektedir.<sup>177</sup>

İç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren bir yıl içinde başvuru yapma koşulu, usul kuralları ile de öngörülmüştür (kural 16/2-j).

## F. ÜÇÜNCÜ TARAF MÜDAHALESİ

Bireysel başvuruya ilişkin Usul Kuralları m. 23/1 uyarınca, “başvurunun yapılmasının ardından esasa ilişkin karar verilmesinden önce herhangi bir zamanda Komite; BM organlarından, bölgesel insan hakları sistemlerinden, hükümet dışı kuruluşlardan, insan hakları kurumlarından, ilgili devlet kurumlarından belge isteyebilir ya da bunlara danışabilir”.

Bu kural ışığında Komite, bireysel başvuru sürecine ilişkin üçüncü taraf müdahalesi konusunda bir rehber hazırlamıştır.<sup>178</sup> Bu bağlamda iki tür üçüncü taraf müdahalesi söz konusu olabilir. Birinci türde, çalışma grubu kendisi ilgili kurumdan müdahale edilmesini talep eder. İkinci olarak, bir kurum veya kuruluş kendisi Komiteden müdahil olmayı talep eder. Bu durumda, Komitenin bireysel başvurulara ilişkin çalışma grubu, müdahale talebinin kabul edilip edilmeyeceğine karar verir. Üçüncü taraf müdahalelerinde başvuru konusu olaylara veya iddialara odaklanılmaz ve bunlara itiraz edilmez.<sup>179</sup>

## G. DOSTÇA ÇÖZÜM

BM temel insan hakları sözleşmeleri denetim mekanizmaları içinde dostça çözüm yolu ilk kez 2008 tarihi ESKHS’ye ek İhtiyari Protokol’de öngörülmüştür.<sup>180</sup>

<sup>177</sup> Macholm Langford-Sevda Clark, A Complaints Procedure for the Convention on the Rights of the Child: Commentary on the Second Draft, Academia, University of Oslo, 2011;

[https://www.academia.edu/14667710/A\\_Complaints\\_Procedure\\_for\\_the\\_Convention\\_on\\_the\\_Rights\\_of\\_the\\_Child\\_Commentary\\_on\\_the\\_Second\\_Draft](https://www.academia.edu/14667710/A_Complaints_Procedure_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child_Commentary_on_the_Second_Draft), 10.10.2022 (A Complaints), s. 5; Woldemichael, s. 89, 92.

<sup>178</sup> Carletti, s. 122.

<sup>179</sup> Doek, Individual Communications, s. 45;

Rehber için bkz. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/GuidelinesTPI.pdf>, 15.10.2022.

<sup>180</sup> Information Pack About the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure (OPIC), s. 2.

ÇHS bireysel başvuru sisteminde ÇHK, ilgili taraflara, Sözleşme ve/veya ihtiyari protokollerde belirtilen yükümlülükler saygı çerçevesinde dostça çözüm bulmaları için arabuluculuk yapar. Dostça çözüm Komitenin himayesi altında yapılır.<sup>181</sup>

Dostça çözüm aşaması başvurunun alınmasından esasa ilişkin karar verilmesine kadar geçen süreçte gerçekleşebilir. Taraflardan birisi dostça çözüm talep edebilir. Komite de kendi inisiyatifiyle taraflara dostça çözüm yolunu teklif edebilir. Dostane çözüm tarafların onayı temelinde yürütülür. Taraflardan her ikisi de dostane çözümü kabul ederse, Komite durumu açıklayan bir karar alır.<sup>182</sup> Dostça çözüm anlaşması sonucunda, başvurunun değerlendirilmesi sonlandırılır.<sup>183</sup>

## H. ESASA İLİŞKİN KARAR (GÖRÜŞ)

Komitenin, kabul edilebilirliğe / kabul edilmezliğe ve dostane çözüme ilişkin kararları “karar” (decision), esasa ilişkin kararları ise “Görüşler” (Views)<sup>184</sup> olarak adlandırılmaktadır. Komite’nin Ekim 2022 itibarıyla 24 tane esasa ilişkin verilmiş kararı (Görüşler) bulunmaktadır.

Komite, esas hakkında karar vermeden önce, başvuruyu tavsiyelerde bulunması için bir çalışma grubuna yönlendirebilir.<sup>185</sup> Komite, esasa ilişkin yaptığı inceleme sonunda, Sözleşme veya ihtiyari protokollerde garanti edilen bir hakkın ihlal edilip edilmediğini tespit eder. İhlal kararı verilmezse dosya kapanmış olur.<sup>186</sup>

Komite, ulusal mahkemelerin üzerinde bir temyiz merci değildir.<sup>187</sup> Komite, bir hakkın ihlal edildiğini tespit ederse, giderim yolları

<sup>181</sup> Üçüncü İhtiyari Protokol m. 9; Woldemichael, s. 99.

<sup>182</sup> Usul Kuralları md. 25; Çalışma Metotları, F/16, 17.

<sup>183</sup> De Beco, s. 377; Proktokol md. 9.

<sup>184</sup> Ulfstein, s. 74; Rosanne Van Alebeek- Andre Nollkaemper, “The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law”, in: HellenKeller-Geir Ulfstein (ed.), UN Human Rights Treaty Bodies, Law and Legitimacy, s. 382: “Görüşler” kavramının esas alınması, esasa ilişkin kararın bağlayıcı olmaktan ziyade tavsiye niteliği taşımaya bağlıdır.

<sup>185</sup> Usul Kuralları md. 23/4

<sup>186</sup> Individual Complaint Procedures under the United Nations Human Rights Treaties, s.10.

<sup>187</sup> Ratification Toolkit, Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure(OPIC), Child Rights Connect, 2020, [https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/2020/11/OPIC\\_ratification-toolkit\\_2020\\_English.pdf](https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/2020/11/OPIC_ratification-toolkit_2020_English.pdf), 18.10.2022, s. 2

konusunda tavsiyelerde bulur. Giderim yolları, maddi tazminat, rehabilitasyon, zararın giderilmesi, kovuşturma yapılması, aynı durumun tekrarlanmaması güvencesi gibi yollar olabilir, söz konusu önlemlerin alınmasına ilişkin süre sınırı da Görüşlerde belirtilir. Komite, ihlalin tekrar gerçekleşmemesi için, bunun yapısal sebeplerine işaret ederek, yasal, kurumsal veya genel önlemlerin alınmasını da tavsiye edebilir.<sup>188</sup>

Esasa ilişkin karar örneği ele aldığımızda; İspanya'ya karşı bir başvuruda başvuru olan anne, çocuğuna ilişkin olarak eğitim hakkının ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.<sup>189</sup> Başvurucu çocuklarıyla birlikte İspanyol hakimiyetinde olan Kuzey Afrika'da Melilla şehrinde yaşadığını belirtmektedir; mağdur çocuk Melilla kentinde doğmuştur. Başvurucu ve çocukları Fas kökenlidir. Başvurucu, kökenleri sebebiyle çocuğunun okula kaydedilmediğini ileri sürerken; taraf devlet yerleşim izni olmadığı/yerleşim kanıtlanmadığı için çocuğun okul kaydının yapılmadığını belirtmektedir. Komite tarafından verilen geçici tedbir kararı davalı devlet tarafından yerine getirilmemiştir. Komite, esasa ilişkin kararında eğitim hakkının devlete koruma ve yerine getirme yükümlülükleri yüklediğini hatırlatmıştır. Komite, olayların ve delillerin değerlendirilmesinin ulusal makamlarca yapılacağını belirlemekle birlikte; yerleşime ilişkin ulusal makamlara belirli kanıtlar sunan başvuru açısından bu kanıtların 18 boyunca değerlendirilmediğini ve eğitim hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir. 18 ay sonunda polis yerleşimi onaylamasına rağmen okul kaydının yapılmaması ise ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Görüşlerin sonunda genel ve özel pek çok tavsiyede bulunulmuştur. Bunlardan bazıları tazminat ödenmesi, çocuğun kaydının yapılması, okulda yaşlılarına yetişmesinin sağlanması için önlemler alınmasıdır. Gelecekte bu tip ihlallerin engellenmesi için Melilla şehrinde okul kaydı yaptırmak isteyenlerin, şehirde oturup oturmadıklarının etkili ve acil biçimde incelenmesi, eğer şehirde yaşıyor iseler acil olarak okula kayıtlarının yapılması, çocuğun eğitim hakkı söz konusu olduğunda acil karar verecek etkili yargısal yol bulunması ve çocukların/velilerinin bu yollardan haberdar edilmesi, yargıçların ve idari personelin

<sup>188</sup> Usul Kuralları md. 27/4

<sup>189</sup> H.M. (author) and A.E.A. (author's son) v. Spain (C. No. 115/2020).

ÇHS ve özellikle çocuğun yüksek yararı ilkesi konusunda eğitilmesi tavsiye edilmiştir.<sup>190</sup> Ayrıca taraf devletten yüz seksen gün içinde alınan önlemlere dair bilgi vermesi ve Görüşlerin ülke genelinde yayılması istenmiştir.<sup>191</sup>

Komite, yarı yargısal bir organ olup Görüşler bağlayıcı nitelikte değildir.<sup>192</sup> Komite görüşlerinin bağlayıcı olmaması doktrinde eleştirilmektedir.<sup>193</sup> Görüşler, bağlayıcı olmamakla birlikte, devletler Üçüncü İhtiyari Protokol'e taraf olmakla Komiteye yetki delege eder; Komitenin kararlarına uymayı ve mağdura giderimde bulunmayı taahhüt etmiş olur.<sup>194</sup> Görüşlerin kamuoyu ile paylaşılması ve takip süreci, taraf devlet üzerinde, tavsiyelerin yerine getirilmesi için, baskı oluşturur.<sup>195</sup>

## İ. GÖRÜŞLERİN VE DOSTÇA ÇÖZÜM ANLAŞMALARININ TAKİP SÜRECİ

Komitenin Görüşleri veya dostça çözüm dolayısıyla başvurunun incelenmesine son verilmesine ilişkin kararları, gecikmeksizin taraflara iletilir.<sup>196</sup> Görüşler veya kararın iletilmesini takiben en kısa sürede ve en geç altı ay içinde taraf devlet Komiteye yazılı yanıt verir. Bu yanıtta Komitenin Görüşlerinde ya da dostça çözüm anlaşmasında belirtilen önlemlere ilişkin bilgi verilir.<sup>197</sup> Altı aydan sonra Komite; taraf devlet, başvuru ya da başka bir aktörden atılan adımlar hakkında daha fazla bilgi isteyebilir. Taraf devletin sunduğu bilgiler, başvurulara aktarılır.<sup>198</sup>

Komite, Görüşler veya dostça çözüm dolayısıyla başvurunun incelenmesine son verilmesine ilişkin kararlarında belirtilen esaslara taraf devletin uyup uymadığının takibi için, raportör ya da çalışma grubu görevlendirir. Raportör veya çalışma grubu, taraf devlet yetkililerinin-

<sup>190</sup> p.13.

<sup>191</sup> p.14.

<sup>192</sup> Ulfstein, s. 73 vd; Van Alebeek/Nollkaemper, s. 395.

<sup>193</sup> Carletti, s. 119.

<sup>194</sup> Ulfstein, s. 75; Information Pack About the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure (OPIC), s. 1; Individual Complaint Procedures under the United Nations Human Rights Treaties, s. 11.

<sup>195</sup> Ulfstein, s. 75.

<sup>196</sup> Üçüncü İhtiyari Protokol, m. 10.

<sup>197</sup> Üçüncü İhtiyari Protokol m. 11; Usul Kuralları md.28/1.

<sup>198</sup> Üçüncü İhtiyari Protokol m. 11; Usul Kuralları m. 28/2, 3.

den ve başvuruclardan yazılı bilgi alabilir; yetkililerle toplantı yapabilir.<sup>199</sup> Son tahlilde Komite bir takip gelişim raporu hazırlar; bu raporda taraf devletin önerilere uyduğu, uymadığı, kısmen uyduğu ya da iş birliği yapmadığı belirtilir. Bunun yanı sıra raporda, takibin devam ettiği, sona erdiği, ertelendiği ya da takip konusunda iletişim kurulması kararı alınır. Karar taraflara iletilir ve kamuoyuna sunulur.<sup>200</sup>

Komitenin 2021 tarihli “Bireysel Başvurulara İlişkin Takip Prosedürü Raporu” ele alındığında; Giriş bölümünde, ilgili Raporun taraf devlet ve başvuruclardan alınan bilgi doğrultusunda ve takip prosedürü çerçevesinde hazırlandığı belirtilmektedir. Raporda, değerlendirme kriteri olarak dördü bir ayırım yapılmıştır: “Yerine getirme” alınan önlemlerin tatmin edici veya büyük ölçüde tatmin edici olduğu; “Kısmen yerine getirme”, alınan önlemlerin kısmen tatmin edici olduğu ancak ek bilgi ve eylem gerektirdiği; “Yerine getirmeme”, yanıt alındığı ancak önlemlerin tatmin edici olmadığı ya da Görüşlerin yerine getirilmediği ya da Görüşlerle ilgili olmadığı; “Yanıtın bulunmaması”, işbirliği yapılmadığı ya da yanıt verilmediği anlamını taşımaktadır. Söz konusu Raporda, İspanya hakkında verilen altı görüşün takibine ilişkin bilgi bulunmaktadır. R.K./İspanya başvurusuna ilişkin Görüşlerin takibine ilişkin olarak, (Görüşlerde, yanında kimse olmayan ve sığınma talep eden çocuğun yaşının belirlenmesine ilişkin yöntemin ÇHS’yi ihlal ettiği tespit edilmişti) öncelikle Görüşlerde yer alan tavsiyeler belirtilmiş, taraf devletin yanıtı ile başvuruclunun yorumuna yer verilmiş, sonuç olarak takibe ilişkin diyalogun devamına ve taraf devlete Komite Görüşlerinin acilen yerine getirilmesinin görüşülmesi için toplantı talep edilmesine karar verilmiştir.<sup>201</sup>

Tekrar vurgulamak gerekir ki Görüşlerin bağlayıcı olmaması, taraf devletlerin Sözleşme ve Protokol çerçevesinde yükümlülük altında olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Devletlerin -çocuk hakları uzmanı olan ve bağımsız kişilerden oluşan- Komiteye, hakların ihlal edildiğini tespit etmesine ve tavsiyelerde bulunmasına ilişkin yetki vermeleri, Görüşlerin ardından hareketsiz kalmamalarını beraberin-

<sup>199</sup> Usul Kuralları m. 28/5-9.

<sup>200</sup> Çalışma Metotları, p. 44.

<sup>201</sup> Bireysel Başvurulara İlişkin Takip Raporu, 25.10.2021, s. 5.  
[https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/1\\_Global/CRC\\_C\\_88\\_R-1\\_33057\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/1_Global/CRC_C_88_R-1_33057_E.pdf), 04.10.2022.

de getirmektedir.<sup>202</sup> Bireysel başvuru takip süreci dışında, rapor usulü gibi diğer denetim araçları da devletlerin Görüşlerin gereğini yerine getirmesine etki etmektedir.

## J. BİREYSEL BAŞVURU VE ÇOCUĞA DUYARLI YÖNTEMLER

ÇHS sisteminde bireysel başvuru usulünde mağdurun çocuk olması, diğer sözleşme denetim mekanizmalarındaki bireysel başvuru usullerinin işleyişinden farklı yöntemlerin kullanılmasını gerekli kılmaktadır. Çocukların özel ve bağımlı konumları, iç başvuru yollarında olduğu gibi, bireysel başvuru yolunda da fiili zorlukları beraberinde getirecektir. Bu bağlamda henüz Üçüncü İhtiyari Protokol'ün başlangıç bölümünde çocuklara duyarlı yöntemlere duyulan ihtiyaç vurgulanmıştır.<sup>203</sup> Çalışmamızın bu bölümünde, ÇHS çerçevesinde bireysel başvuru usulünün çocuklar özelinde getirdiği yaklaşım ve yöntemler Üçüncü İhtiyari Protokol, Usul Kuralları ve Çalışma Metotları ışığında ele alınmaktadır.

Öncelikle Komite her daim çocuğun yüksek yararı ilkesi ile çocukların haklarını ve görüşlerini -yaş ve olgunluklarına önem vererek- göz önünde bulunduracaktır.<sup>204</sup> Ayrıca Komite söz konusu ilkeleri, usul kurallarını koyarken çocuğa duyarlı yöntemleri güvence altına almak için dikkate alacaktır.<sup>205</sup>

Gerek Protokol'de gerekse Usul Kuralları'nda özellikle çocuk başvuru sahipleri gözetilen ve ayrıca temsilci tarafından yapılan başvurularda kötüye kullanılmaları engellemeyi amaçlayan -yukarıda bazılarında yer verilen- hükümler bulunmaktadır. Usul Kuralları 13. maddede, çocukların başvuru sahipliğinin sağlanması için, iç hukukta fiil ehliyetine sahip olup olmadıklarına bakılmayacağı düzenlenmiştir. Yine 13. maddede, başvuru sahibinin temsilci veya çocuk adına hareket eden kişi olması durumunda, baskı veya yönlendirme ile yapılabilecek başvurular konusunda çeşitli tedbirler öngörülmektedir. Özellikle, çocuk adına hareket edenler tarafından istismarın önlenmesine ilişkin yaklaşım,

<sup>202</sup> Van Alebeek/Nollkaemper, s. 383; Ulfstein, s. 75.

<sup>203</sup> Skelton, s. 67.

<sup>204</sup> Üçüncü İhtiyari Protokol m. 2.

<sup>205</sup> Üçüncü İhtiyari Protokol m. 3; Woldemichael, s. 106.



Protokol'ün en ayırıcı yönlerinden birisidir.<sup>206</sup> Çocuğun yüksek yararına görülmeyen başvurular Komite tarafından reddedilebilecektir.<sup>207</sup>

Usul kuralları 2. maddede “çabukluk” prensibi düzenlenmektedir. Başvurular Komite tarafından hızlı bir şekilde ele alınır ve gereksiz gecikmelerden kaçınılır.<sup>208</sup> 3. maddede ise “gizlilik” prensibi yer alır. Buna göre, ilgili kişi ve kişilerin izinleri olmadan kamuya ifşa edilmeyecekleri düzenlenmiştir.

Çalışma Metotları kural 12 ve 13 uyarınca, başvurunun alınmasını takiben, başvuru eğer mağdur ise iki hafta içinde çocuğa başvurunun alındığına dair -çocuk dostu bir dille- yanıt verilir. Başvurular, hemen orijinal diliyle çalışma grubuna yönlendirilir. Çocukların yazdıkları mektuplara da Komite çocuk dostu bir dille yanıt verir.

Çocuğa duyarlı yaklaşım paralelinde Usul Kuralları'nın 14. maddesi uyarınca Komite süreç içinde başvurucuya bilgi verebilir; Komitenin verdiği bilgi, çocukların yaşlarına ve olgunluk düzeylerine göre uyarlanacaktır. m. 15/3'e göre, başvuruyu açıklığa kavuşturmak için başvurucudan ya da mağdurdan bilgi istenirken Komite, çocuğun yaşına ve olgunluğuna uygun olarak uygun ve ulaşılabilir bir format oluşturabilir. Formatın belirlenmesinde, çocuğun baskı altına alınmasının ve kandırılmasının engellenmesi için Protokol'ün 2. ve 3. maddelerindeki ilkeler göz önüne alınır. Bu format, başvurunun çocuğun yüksek yararına olup olmadığının belirlenmesi için bazı özel soruları içerebilir.

Komite, başvuru/ mağdur ve ayrıca taraf devletleri şahsen hazır bulunarak ya da video veya telekonferans yoluyla, başvurunun geçerliliği konusunda açıklama yapmaya ya da soru yanıtlamaya davet eder.

<sup>206</sup> Johansson, s. 64, 65.

<sup>207</sup> Üçüncü İhtiyari Protokol m. 3.

<sup>208</sup> Çocukların hak ihlallerinin acilen giderilmemesi geriye dönüşü olmayan sonuçlar doğuracaktır ve “çabukluk” prensibinin kabul edilmesi çocuğa duyarlı bir yaklaşımdır. Bununla birlikte Protokol'ün kendisinden kaynaklanan ve süreci uzatacak bazı süreler öngörölmüş olması doktrinde eleştirilmiştir. Ör. Üçüncü İhtiyari Protokol m. 8'de yer alan taraf devletin Komiteye cevap verme süresinin en fazla altı ay olması ve ayrıca Üçüncü İhtiyari Protokol m. 11'de yer alan takip sürecinde devletin Komiteye en fazla altı ay içinde cevap vermesi gibi. Altı ay yerine üç ay süre verilmesinin çocuğa daha duyarlı bir yaklaşım olacağı belirtilmektedir. Ayrıca başvuru sürecinin karara bağlanması için bir süre sınırlaması getirilmesi gerektiği de önerilmektedir. Johansson, s. 69-71.



bilir. Bu tür duruşmalar kapalı oturumlarda yapılır. Çocuğun yüksek yararı gerektirmediği ölçüde devlet temsilcileri ile çocuk aynı ortama alınmaz. Duruşmalarda çocuğa duyarlı yöntemler uygulanır.<sup>209</sup> Ayrıca Komite, duruşmalara ilişkin bir rehber kabul etmiştir.<sup>210</sup> Usul kurallarında çocuğun duruşmalarda dinlenilmesine olanak tanınması, çocuğun haklarının korunması açısından büyük önem taşımaktadır.<sup>211</sup>

Usul Kuralları, Komitenin karar ve Görüşlerinin anlaşılabilir bir dilde yazılmasını öngörmüştür. Kararlar, (özellikle yetişkin tarafından temsil edilmediklerinde) çocukların yaş ve olgunluk seviyesi dikkate alınarak adapte edilecektir.<sup>212</sup>

Başvurucuların isimlerinin kararlarda saklı tutulması, başvurularda çocuğun onayının esas olması, onay yok ise gerekçelendirme aranması ve Komitenin her halükârda kabul edilebilirlik kararı vermesi için çocuğun yüksek yararını esas alması da yukarıda yer verilen başlıca duyarlı yöntemlerdir.

Tüm bu yöntemler, Protokol'ün 2. maddesinde yer alan ilkeler ışığında, Komite uygulaması ve içtihadıyla yaşama geçirilip, geliştirilecektir. Bu bağlamda, Chiara Sacchi ve on beş çocuğun beş devlet aleyhine yaptığı başvuruda, kabul edilmezlik kararı veren Komite, başvuru yapan çocukların anlayacağı çocuk dostu bir dille çocuklara yönelik açık bir mektup yazmıştır ve bu mektupta verilen kararların çocuk dostu versiyonu da bulunmaktadır.<sup>213</sup>

## SONUÇ

ÇHS çocukları hakların süjesi olarak kabul etmekte ve sosyal hakları da içeren çok geniş bir hak kataloğu garanti etmektedir. Bununla birlikte Sözleşme'nin yapım sürecinde denetim aracı olarak sadece rapor yöntemine yer verilmiş, bireysel başvuru usulü üzerinde dev-

<sup>209</sup> Usul Kuralları m. 19.

<sup>210</sup> "Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokol Uyarınca Başvuruların Komite tarafından Ele Alınışı Bağlamında Duruşmalara İlişkin Rehber", CRC/C62/3, 26.10.2021.

<sup>211</sup> Johansson, s. 64.

<sup>212</sup> Usul Kuralları md 27/1; Çalışma Metotları p. 40.

<sup>213</sup> Annual OPIC Trends 2021, Child Rights Connect, <https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/2022/01/Annual-OPIC-trends-2021.pdf>, 10.10.2021, s. 2

letler uzlaşma sağlayamamıştır. Süreç içinde ÇHS dışında tüm BM temel sözleşmeleri veya ek protokolleri bireysel başvuru yoluna yer vermişlerdir. Bireysel başvuru usulünü öngören “Başvuru Usulüne İlişkin Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne ek İhtiyari Protokol” ise 2011 yılında kabul edilebilmiştir. 2014 yılında yürürlüğe giren Üçüncü İhtiyari Protokol, bireysel başvuru usulünün yanı sıra, devlet başvurusu ve soruşturma yöntemlerini de içermektedir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan bireysel başvuru usulü, uluslararası denetim mekanizmaları içinde insan haklarının gerçekleşmesine katkı sağlayan en etkili araçtır. Bireylerin sözleşme organlarına insan hakkı ihlalleri nedeniyle mağdur sıfatıyla başvurmaları, taraf devletin hakkı ihlal ettiğinin Komite tarafından tespit edilmesiyle sonuçlanabilmektedir. Bu yolla hem hakların içerikleri somutlaşmakta hem de taraf devletler ihlale ilişkin tespitin gereğini yerine getirmek durumunda kalmaktadır.

ÇHK’ye bireysel başvuru yolu Üçüncü İhtiyari Protokol’le öngörülmeden önce de çocuk hakları ihlali iddiaları -bireysel başvuru öngören ilgili sözleşmelerdeki haklarla kesiştiği sürece- diğer yargısal/ yarı yargısal organların önüne götürülebilmekteydi. (Ör. AIHM, CE-DAW Komitesi, İHK gibi). Ancak Üçüncü İhtiyari Protokol’ün bireysel başvuru yolunu öngörmesi farklı açılardan çocuk hakları için büyük etki doğurmaktadır. Bunun nedenlerinden ilki ÇHS’nin (ek ilk iki protokolle birlikte) çocuklara haklar veren ve devletleri çocuk hakları konusunda yükümlü kılan en kapsamlı uluslararası Sözleşme olmasıdır. İkinci olarak, Üçüncü İhtiyari Protokol, çocukların kırılgan ve bağımlı konumunu göz önüne alarak hazırlanmıştır. Çocukların kendilerinin ya da onlar adına hareket edenlerin başvuru olmaları, çocuklara duyarlı özel yöntemlerin söz konusu olmasını beraberinde getirmektedir. Bu yöntemlerin bir kısmı ve Komitenin göz önüne alması gereken temel ilkeler Protokol’de yer almaktadır. Protokol’de yer alan temel ilkeler çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ile çocuğun haklarının ve görüşlerinin -yaş ve olgunlukları göz önüne alınarak- dikkate alınmasıdır. Bu temel ilkeler doğrultusunda ÇHK, Usul Kuralları ve Çalışma Metotları ile çocuğa duyarlı yöntemleri genişletmiştir. Bireysel başvuruların Komitede yer alan çocuk hakları uzmanları tarafından, söz konusu temel ilkeler ışığında çocuğa duyarlı yaklaşımla karara bağlanması da bu yeni usulü değerli kılmaktadır.

Çalışmamızda ÇHS'nin genel çerçevesi ile denetim mekanizması içindeki rapor, devlet başvurusu ve soruşturma usulüne kısaca değinilmesinin ardından, bireysel başvuru usulünün işleyişi süreci (Komitenin yetkisi, kabul edilebilirlik koşulları, dostça çözüm anlaşması, esasa ilişkin karar ve takip yöntemi) içtihat ışığında incelenmiştir.

Bu bağlamda, bireysel başvuruların kabul edilebilir bulunması için öncelikle yapılan başvurunun Komitenin yetki alanı içinde bulunması gereklidir; Komitenin konu, kişi, zaman ve yer açısından yetkili olması gereklidir. Üçüncü İhtiyari Protokol, ulusal hukukta fiil ehliyetleri bulunup bulunmamasından bağımsız olarak, çocukların başvuru olabilmelerine olanak tanımaktadır. Bununla birlikte çocuk adına hareket eden ebeveyn ya da temsilci de Komiteye başvuru yapabilir. Protokol ve Usul Kuralları başvuruçunun çocuk adına hareket eden kişiler olması durumunda, çocukların baskı altında kalmasını engelleyen düzenlemeler içermektedir. Her halükârda başvurunun kabul edilip edilmemesi konusunda çocuğun yüksek yararı ilkesini göz önünde bulundurulmaktadır. Çocuk adına hareket eden kişilerin kendi haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkin başvurular Komite tarafından kabul edilmemektedir. Bireysel başvurularda, Sözleşme ve/veya ilk iki ihtiyari protokolde güvence altına alınan tüm haklar -ve dolayısıyla sosyal haklar- Komite'nin yetki alanındadır. Taraf devletlerin tüm haklara ilişkin "koruma" ve "sağlama" şeklinde pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Bireysel başvurular taraf devlete karşı yapılır ancak devletlerin çocukları özel kişilere karşı koruma yükümlülükleri de söz konusu olduğu için, Sözleşmenin özel kişiler alanında dolaylı etkisi söz konusudur. Komite yer açısından yetki konusunda geniş yorum yapmakta ve iklim problemi gibi konularda devletlerin coğrafi sınırları dışındaki alanlarda da sorumlu tutulabileceğini kabul etmektedir.

Komitenin istisnai durumlarda ve telafisi mümkün olmayan zarar söz konusu olduğunda geçici tedbir alma yetkisi bulunmaktadır ve bireysel başvuru yapılmasını takiben Komite bu yetkisini de sıklıkla kullanmaktadır. Tüm hak ve özgürlüklere yönelik olarak, şartları gerçekleştirildiğinde, geçici tedbir kararları verilmektedir.

Protokol'de öngörülen kabul edilebilirlik kriterleri, diğer sözleşmelerde yer alan kabul edilebilirlik koşullarıyla benzerlik taşımaktadır; benzerlik taşıyan kriterlerin bazıları, çocukların özel durumları yete-

rinceden dikkate alınmamış olduğu için, doktrinde eleştirilmektedir. En fazla eleştirilen kriterler ise, başvuruların yazılı olması zorunluluğu, iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı ve hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren bir yıl içinde başvuru yapılması zorunluluğudur. Başvurunun yazılı olması pek çok çocuk tarafından yerine getirilmesi zor bir unsur olsa da tüm bilgi ve belgelerin yazılı olarak sunulması zorunlu kılınmamıştır. İç başvuru yollarının tüketilmesi unsuru ve bir yıl şartı ise, Protokol'de yer alan istisnalar çerçevesinde Komite tarafından esnetilebilmektedir. Sonuç olarak çocuğun yüksek yararı ilkesi ile çocuğun hak ve görüşlerinin alınması ilkesi içtihadada bütünüyle etki etmektedir.

Komite esasa ilişkin Görüşlerini oluşturmadan önce, dostça çözüm yoluna gidilebilir. Dostça çözüm anlaşmasına varılırsa, dostça çözüme ilişkin karar alınır ve başvurunun incelenmesine son verilir. Komitenin esasa ilişkin kararları ise "Görüşler" adını taşır. Görüşlerde Sözleşme'de yer alan bir hakkın ihlal edilip edilmediği tespit edilir. İhlal tespit edilirse, Komite tazminat ödenmesi, kovuşturma yapılması, yasal veya genel önlemler alınması gibi farklı içerikte tavsiyelerde bulunur. Komite kararları bağlayıcı değildir. Bununla birlikte kararların/Görüşlerin yerine getirilip getirilmediği takip edilir ve buna ilişkin sonuç rapor haline getirilip kamuoyu ile paylaşılır. ÇHS ve Üçüncü İhtiyari Protokol ile bağlı olan devletler, bireysel başvurulara ilişkin Görüşlere uymayı taahhüt etmiş olur. Nitekim takip sürecinde taraf devletler, Komiteye tavsiyeleri yerine getirip getirmediği konusunda bilgi vermektedir.

Kanaatimizce Üçüncü İhtiyari Protokol'le getirilmiş olan bireysel başvuru usulünü önemli ve ayırıcı kılan yön, sistem içinde hem çocuğa duyarlı kuralların kabul edilmiş olması hem de Komitenin Protokol'de yer alan ilkeleri içtihatla yaşama geçirmesidir. Üçüncü İhtiyari Protokol, Usul Kuralları ve Çalışma Metotları'yla öngörülen başlıca çocuğa duyarlı yöntemler; çocuk adına hareket edenlerin yetkilerini kötüye kullanmalarını engelleyecek önlemlere yer verilmesi, başvuru sahiplerinin isimlerinin saklı tutulması, çabukluk ve gizlilik prensipleri, başvurunun alındığının çocuğa çocuk dostu bir dille bildirilmesi, çocukların mektuplarına çocuk dostu dille yanıt verilmesi, çocuğa verilen bilginin çocuğun yaşına ve olgunluğuna uygun bir formatta olması, kapalı oturumlarda duruşma yapılması ve çocuğun duyarlı usullerle dinlenmesi, karar ve Görüşlerin anlaşılabilir bir dilde çocuklar için yazılması olarak sayılabilir.

Üçüncü İhtiyari Protokole ilişkin olarak eksik ya da sorun olarak görülüp eleştirilen başlıca hususlar ise; -kabul edilebilirlik şartlarına ilişkin kısıtlayıcı hususların yanı sıra- geçici tedbir kararının istisnai durumlara özgülenmesi, adli yardımın öngörülmemiş olması, kolektif başvuru usulüne yer verilmemesi, bireysel başvuruların karara bağlanmasında bir süre sınırı konmaması, devletlere bilgi vermek için tanınan sürelerin uzunluğudur. Bununla birlikte ÇHK'nin içtihadıyla, Protokol'deki temel ilkeler ışığında (özellikle çocuğun yüksek yararı ilkesi), söz konusu sorunları aşmak konusunda gelişim gösterilmektedir. Örneğin ÇHK, başvuruları çabuk sonuçlandırabilmek adına kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin kararlarını kural olarak birlikte almakta, geçici tedbir kararı almak için ise gerekli koşulları geniş yorumlamaktadır.

ÇHK, maddi haklara ilişkin içtihadında, hakların bütünselliğine gönderme yapmakta ve kişisel, siyasal, sosyal ve kültürel hakların tümünü çocuğun gelişimi için gerekli görmektedir. Bununla birlikte sosyal hakların gerçekleşmesi konusunda Protokol'den kaynaklanan sınır olarak, aşamalı gerçekleşme kriterinin bulunduğu da belirtilmelidir.

Gerek kabul edilebilirlik kriterlerinin ele alınışında gerekse maddi hakların içeriklerinin belirlenmesinde Komite kararları/Görüşleri önem taşımaktadır. Protokol'ün yürürlüğe girmesini takiben ilk yıllarda, usulün henüz bilinmemesi sebebiyle hem az başvuru yapılmış hem de ilk başvurular çoğu kez kabul edilmezlik kararları ile sonuçlanmıştır. Önümüzdeki yıllarda bireysel başvurulara ilişkin kararlar/Görüşler hem ulusal hukukları hem de diğer uluslararası denetim mekanizmalarının kararlarını daha fazla etkileyecektir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akyüz Emine, Çocuk Hukuku Çocuk Hakları ve Korunması, 2021-Ankara.  
Akıllıoğlu Tekin, İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemi, Ankara-2019.  
Algan Müberra, Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları, İstanbul-2021.  
Doğan Bahar, Uluslararası Sözleşmeler Işığında Çocukların Kişisel Hakları, Ankara-2021.  
Grover Sonja, Children Degrading their Human Rights Under the CRC Communications Procedure, On Strengthening the Conventions on the Rights of the Child Complaints Mechanism, London-2015.

- Gölcüklü Feyyaz-Gözübüyük Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara-2011.
- Gözler Kemal, İnsan Hakları Hukuku, Bursa-2020.
- Gülmez Mesut, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Ankara-2004.
- Kaime Thoko, The Convention on the Rights of the Child, A Cultural Legitimacy Critique, Europe Law Publishing, Amsterdam- 2011.
- Kalabalık Halil, İnsan Hakları Hukuku, Ankara-2017.
- Langford Macholm-Clark Seveda, A Complaints Procedure for the Convention on the Rights of the Child: Commentary on the Second Draft, Academia, University of Oslo, 2011, [https://www.academia.edu/14667710/A\\_Complaints\\_Procedure\\_for\\_the\\_Convention\\_on\\_the\\_Rights\\_of\\_the\\_Child\\_Commentary\\_on\\_the\\_Second\\_Draft](https://www.academia.edu/14667710/A_Complaints_Procedure_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child_Commentary_on_the_Second_Draft), 10.10.2022 (A Complaints).
- Merrills J.G-Robertson, A.H, Human Rights in Europe, A Study of the European Convention on Human Rights, Manchester-2001.
- Öztürk Gülce, Birleşmiş Milletler Sözleşmelerinde İnsan Haklarının Bireysel Başvuru Usulü ile Korunması, Ankara-2017.
- Parkes Aisling, Children and International Human Rights Law, London-2013.

### **Makale ve Kitap içi Bölümler**

- Baxter Sherilyn C., "The Suggestions on the Rights of the Child: Why the United Nations' Convention on the Rights of the Child is a Twenty-five Year Failure", *Journal of Global Justice and Public Policy*, Y. 2015, V. 2:89, pp.88-126.
- Boumans Kathleen, "Filling the Gaps: New Proposals For the Convention on the Rights of a Child", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Y. 2015, Vol. 43: No. 1, pp. 191-221.
- Carletti Cristiana, "The Third Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child: Preliminary Case Law Assessment for the Effective Promotion and Protection of Children's Rights", *Global Campus Human Rights*, Y. 2020, N. 4, pp. 114-134.
- De Beco Gauthier, "The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure: Good News?" *Human Rights Law Review*, Y. 2013, V.13, N. 2, pp. 367-387.
- De Zayas Alfred, "The CRC in Litigation Under the ICCPR and CEDAW, Litigating the Rights of the Child Through the Individual Complaints Procedures of the Human Rights Committee and the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women" in: Liefwaard T.-Doek J. (Ed.) *Litigating the Rights of the Child, The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer- 2015, pp. 177-191.
- Doek Jaap E., "The Human Rights of Children: An Introduction" in: Ursula Kilkelly-Ton Liefwaard (ed.), *International Human Rights of Children, (The Human Rights)*, Netherlands- 2019, pp. 3-29.
- Doek Jaap E., "The CRC: Dynamics and Directions of Monitoring its Implementation" in: Antonella Invernizzi-Jane Williams (Ed.), *The Human Rights of Children, From Visions to Implementation*, Farnham-2011, pp. 99-117, (The CRC).

- Freeman Michael, "Introduction, Children's Rights Past, Present and Future: Some Introductory Remarks" in: Michael Freeman (Ed.), *The Future of Children's Rights*, Brill-2014, pp. 3-12, (Introduction).
- Freeman Michael, "The Future of Children's Rights", *Children and Society*, V. 14, Y. 2000, pp. 227-293, (Children's Rights).
- Johansson Lina, "The Third Optional Protocol to the International Convention on the Rights of the Child: Success or a Failure for the Enforcement of Children's Rights?", *Queen Mary Human Rights Law Review*, Y.2015, 2(1), pp. 54-83
- Kalın Walter, "Examination of State Reports" in: HellenKeller-Geir Ulfstein (ed.), *UN Human Rights Treaty Bodies, Law and Legitimacy*, pp. 16-73.
- Kellen Hellen-Grover Leena, "General Comments of the Human Rights Committee and Their Legitimacy", in: HellenKeller-Geir Ulfstein (ed.), *UN Human Rights Treaty Bodies, Law and Legitimacy*, pp. 116-199.
- Kilkelly Ursula, "The CRC in Litigation Under the ECHR, The CRC and the ECHR: The Contribution of the European Court of Human Rights to the Implementation of Article 12 of the CRC" in: Liefwaard T.-Doek J. (Ed.) *Litigating the Rights of the Child, The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer- 2015, pp. 193-208.
- Langford Macholm-Clark Sevda, "The New Kid on the Block, A Complaints Procedure for the Convention on the Rights of the Child", *Nordic Journal of Human Rights*, Y.2010, V.28, N. 3-4, pp. 471-400, (The New Kid).
- Liefwaard Ton-Jaap E. Doek, "Litigating the Rights of the Child: Taking Stock After 25 Years of the CRC" in: Ton Liefwaard -Jaap E. Doek (Ed.), *Litigating the Rights of the Child, The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer- 2015, pp.1-13.
- Peleg Noam., "International Children's Law: General Principles", in Ursula Kilkelly-Ton Liefwaard (ed), *International Human Rights of Children*, Netherlands- 2019, pp.135-153.
- Petzold Herbert, "The Convention and the Principle of Subsidiarity" in Macdonald J./Matscher F./Petzold H., *The European System for the Protection of Human Rights*, London-1993, pp.41-62.
- Skelton Ann, "International Children's Human Rights Law: Complaints and Remedies" in: Ursula Kilkelly-Ton Liefwaard (ed.) *International Human Rights of Children*, Netherlands- 2019, pp.66-90.
- Smith Rhona, "The Third Protocol to the UN Convention on the Rights of the Child? -Challenges Arising Transforming The Rhetoric into Reality", in: Freeman M. (Ed.), *The Future of Children's Rights*, Brill-2014, pp. 178-195.
- Sloth-Nielsen Julia, "Monitoring and Implementation of Children's Rights" in: Ursula Kilkelly-Ton Liefwaard (ed.), *International Human Rights of Children*, Netherlands- 2019, pp. 31-64.
- Şirin Memduh Cemil, "Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış", *Çocuk ve Medeniyet*, Y. 2019, S.2, ss. 219-240.
- Ulfstein Geir, *Individual Complaints*, in: HellenKeller-Geir Ulfstein (ed.), *UN Human Rights Treaty Bodies, Law and Legitimacy*, pp. 73-116.



- Uran Peri, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yorumları Işığında 1982 Anayasası ile Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Karşılaştırmalı İncelemesi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y.13, S. 26, Güz 2014/2, ss. 95-126.
- Van Alebeek Rosanne-Nollkaemper Andre, "The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law", in: HellenKeller-Geir Ulfstein (ed.), *UN Human Rights Treaty Bodies, Law and Legitimacy*, pp. 356-414.
- Van Bueren Geraldine, "Acknowledging Children as International Citizens: A Child Sensitive Communication Mechanism for the Convention on the Rights of the Child" in: Antonella Invernizzi-Jane Williams (Ed.), *The Human Rights of Children, From Visions to Implementation*, Farnham-2011, pp. 117-133.
- Woldemichael Zelalem Shiferaw, "Communications Procedure under 3rd Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child: A Critical Assesment", *Jimma University Journal of Law*, V.7, Y. 2015, pp. 78-109.
- Woodhouse Barbara-Johnson Kathryn, "The United Nations Convention on the Rights of the Child: Empowering Parents to Protect Their Rights", in:Martha Albertson Fineman-Karen Worthington (ed), *What is Right for Children*, Routledge-2009, pp. 7-18.
- Zermatten Jean, "Foreword" in: Ton Liefaard -Jaap E. Doek (Ed.), *Litigating the Rights of the Child, The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer- 2015, pp. v-vii.

### Kitapçık ve Raporlar

- Annual OPIC Trends 2021, Child Rights Connect, <https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/2022/01/Annual-OPIC-trends-2021.pdf>, 10.10.2021.
- Practical Guide on Admissibility Criteria, Council of Europe/European Court on Human Rights, 2022, [https://www.echr.coe.int/documents/admissibility\\_guide\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_eng.pdf), 10.10.2021.
- Doek Jaap E., *Individual Communications Submitted under the Protocol to the CRC on a Communications Procedure and Admissibility*, Leiden Law School, V. 2, pp. 1-50 (Individual Communications).
- Individual Complaint Procedures under the United Nations Human Rights Treaties*, Fact Sheet no. 7, UN, Geneva-2013.
- Information Pack About the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure(OPIC)*, Child Rights Connect, 2020, [https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/2020/11/OPIC\\_info-pack\\_2020\\_English.pdf](https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/2020/11/OPIC_info-pack_2020_English.pdf), 22.10.2022.
- Report on The Protection of Children's Rights: International Standards and Domestic Courts*, Adopted by: European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), 98<sup>th</sup> plenary session, Venice, 21-22 March 2014, (Report on The Protection of Children's Rights).
- Ratification Toolkit, Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure(OPIC)*, Child Rights Connect, 2020, [https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/2020/11/OPIC\\_ratification-toolkit\\_2020\\_English.pdf](https://opic.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/2020/11/OPIC_ratification-toolkit_2020_English.pdf), 18.10.2022.



# KANUNİ İDARE İLKESİ KAPSAMINDA TÜRK VE KKTC HUKUKUNDA OLAĞAN DÖNEM KARARNAMELERİ VE YARGISAL DENETİMİ

## ORDINARY TERM DECREES AND THEIR JUDICIAL SUPERVISION IN TURKISH AND TRNC LAW WITHIN THE SCOPE OF LEGAL ADMINISTRATION PRINCIPLE

Hasan TUNÇ\*  
Murat OSMA\*\*

**Özet:** Kanuni idare ilkesi, idari işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olmasını ve idari tasarrufların yargı denetimine tabi olmasını gerekli kılmaktadır. Bu durum, kanuni idare ilkesinin istisnası olarak kabul edilen Kararname çıkarma yetkisi açısından da geçerlidir. İdareye, görev alanına ilişkin belirlenen konularda ilk elden düzenleme yetkisi tanıyan kararnameler,<sup>1</sup> KKTC Hukukunda Yasa Gücünde Kararname (YGK) Türk Hukukunda ise Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) olarak anılmaktadır. Bu çalışma kapsamında, kanuni idare ilkesi ışığında olağan dönem kararnamelerinin nitelikleri, kapsamı ve yargısal denetimleri, Türk ve KKTC Hukuku açısından karşılaştırmalı olarak incelenmiş ve çalışmanın içeriği asli nitelikteki kararnameler ile sınırlı tutulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Türk ve KKTC Hukukunda Kararnameler, Olağan Dönem Kararnameleri, Kararnamelerin Yargısal Denetimi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yasa Gücünde Kararname

**Abstract:** The principle of legal administration requires that the administrative act and its actions are in compliance with the law and that administrative acts are subject to judicial review. This is also valid for the authority to issue a Decree, which is considered as an exception to the principle of legal administration. The decrees that

\* Prof. Dr., Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 7andhukukmail.com, ORCID: 0000-0002-2992-6793

\*\* Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, muradali1986@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-5338-244, Makalenin Gönderim Tarihi: 24.06.2022, Kabul Tarihi: 26.11.2022

<sup>1</sup> Çalışmanın konusu oluşturan asli nitelikteki olağan dönem YGK ve CBK'ları, her iki hukuk sisteminde de farklı isimler altında düzenlenmiş olmaları nedeniyle kavram kargaşasını elimine etmek adına çalışmanın devamında "Kararname" olarak anılacaktır.

give the administration the power to regulate first-hand issues related to its field of duty are referred as the “Legislative Power Decree” (LPC) in TRNC law, and as Presidential Decree (PC) in Turkish law. Within the scope of this study, in the light of the principle of legal administration, the qualities, scope and judicial inspections of the ordinary period decrees were comparatively examined in terms of Turkish and TRNC law, and the scope of the study was limited to decrees of essential nature.

**Keywords:** Decrees in Turkish and TRNC Law, Ordinary Period Decree, Judicial Review of the Decrees, Presidential Decrees, Decree Law

## 1. Giriş

Normlara ilişkin yargısal denetimin temel işlevi, hiç şüphesiz ki yasama ve yürütmenin Anayasa ve kanunlarla belirlenen sınırlar içerisinde kalmasını temin etmektir. Kanuni idare ilkesi kapsamında, idare mevzuata uygun hareket etmek zorundadır ve istisnaları bulunmakla birlikte kanunun olmadığı yerde idarenin olması da mümkün değildir. İstisnası olan durumlarda ise; “istisnalar dar yorumlanır ilkesinden” hareketle,<sup>2</sup> yürütmeye tanınan yetkilerin üst hukuk normlarına aykırı olacak şekilde geniş yorumlanmaması gerekmektedir. Bu yaklaşım kanuni idare ilkesinin olduğu gibi hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devleti ilkesini benimseyen ülkelerde, hukukun üstünlüğü vazgeçilmez bir unsurdur. Hukukun üstün kılınması için, yürütme organlarının faaliyetlerinde Anayasa ve kanunlara uygun hareket etmesi öncelikli şarttır. İdarenin yetki sınırlarını aşması halinde ise hukuka aykırı olan idari faaliyetlerin bağımsız yargı organları kararlarıyla iptal edilmesi mümkün olabilecektir. Bu bağlamda, idarenin tüm faaliyetlerinin yargı denetimine tabi olması hem kanuni idare ilkesinin hem de hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez koşuludur.

Çalışmanın konusunu oluşturan asli nitelikli kararnameler, düzenleyici işlem niteliğindedir. Onları tali nitelikli düzenleyici işlemlerden ayıran en temel özellik ise kaynağının doğrudan Anayasa olması ve idareye görev alanına ilişkin bir konuyu ilk elden düzenleme imkânı vermesidir.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> T.C. AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12.06.2020, par. 14.

<sup>3</sup> Bu durum Türk Hukuku açısından 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile değişmiştir. Yeni hükümet sistemi ile birlikte, Cumhurbaşkanının asli ve tali kararname çıkarma yetkisinin kaynağı doğrudan Anayasadır.

Doktrinde çeşitli tanımları yapılmış olmakla birlikte, kararname-ler; Anayasada açıkça belirtilen konularda veya yasaklanmamış olan alanlarda, yürütmenin doğrudan kanun üstü, kanun hükmü veya altı olsa da diğer adsız düzenleyici işlemlerin üzerinde yer almaktadır. Düzenleyici işlemlerin genel özelliklerinin aksine kararname-ler, kanunlarla düzenlenmiş bir konunun uygulanmasına sağlamaktan ziyade, ilk elden düzenleme yapma amacı güden, genellik ve soyutluk prensiplerine uygun hukuki tasarruflardır.<sup>4</sup> Kararname yetkisinin ülkenin yönetim sistemine göre farklı organlara tanındığı görülmektedir. Başkanlık Sistemi ile yönetilen ülkelerde bu yetki doğrudan başkanlık makamına verilirken, parlamenter sistemlerde ise yürütme organına verilmektedir. Bu kapsamda, Türkiye’de ve KKTC’de bu yetki, siyasal sistemlerdeki farklılıklar nedeniyle ayrı organlara verilmiştir. Kararname-lerin genel amacı ise, kamu düzeni ve menfaatinin korunması maksadıyla, Anayasa ve kanunların öngördüğü alanlarda ivedilik arz eden düzenlemelerin veya olağanüstü durumlarda kamu güvenliğini sağlamak maksadıyla alınması gereken tedbirlerin en kısa yolla yürürlüğe konulmasıdır. Her ne kadar olağan dönem kararname-leri idare-ye, ilk elden düzenleme yetkisi tanısı da yargısal denetime tabi bahse konu yetkiler sınırsız değildir.

## 2. İdare ve Yetki Kavramları

İdare kavramı, Arapça kökenli bir sözcük olup yönetme ve yönetim manasında kullanılmaktadır. Literatürde “İdare” kavramının “Yönetim” terimi ile eş anlamlı olarak kullanıldığı görülmekle birlikte söz konusu kavramların özde yakın olsa da uygulamada farklı manalara geldiği görülmektedir. Yönetim kavramı, Latince kökenli bir terim olmakla birlikte “*mano*” sözcüğünden türediği ve atların insanlar tarafından eğitilmesi anlamına gelen “*manager*” kavramının kullanılmakta olduğumuz yönetim teriminin başlangıcı olduğu savunulmaktadır.<sup>5</sup> İdare kavramı, tarihi gelişim süreci çok eskiye dayanan ve klasik an-

<sup>4</sup> Volkan Aslan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarla Belirtilmesi Üzerine”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2019, C. 36, S. 1. s. 141.

<sup>5</sup> Mehmet Meccek/Özge Kocakula Yıldırım, “Yönetim-İdare Kavramlarının Yapısal-İşlevsel Analizi ve Kavramsal Açından Tanımlanması”, *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, Y. 2020, C. 7, S. 54, ss. 1411-1412.

lamda yönetim kavramı ile eş anlamlı olan bir kelimedir. İnsanların bireysel yaşamdan toplu yaşama geçmesiyle birlikte hızla gelişen toplum kavramı, beraberinde toplum yönetimi ve idari teşkilat kavramlarının da gelişmesine olanak sağlamıştır.

Günümüzde idare kavramı; özel bir amacı yerine getirmek amacıyla oluşturulan bir örgüt ve söz konusu örgütün yürüttüğü faaliyetler olarak tanımlanabilmektedir.<sup>6</sup> Bu tanımlamadan yola çıkarak, idarenin varlığından söz edebilmek için üç unsurun varlığının esas alındığını söylemek mümkündür. Bu unsurlar insan, özel amaç ve örgütsel faaliyetlerdir. Beşeri bir olgu olan idare kavramının merkezinde insanın bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun yanında, insanların belli bir amaca yönelik bir araya gelmiş olması ve bu amacı başarmak amacıyla örgütsel faaliyetler yürütmesi idare kavramının temel bileşenleridir.

İdare kavramı hem kamu hem de özel sektörde kullanılan bir kavram olmakla birlikte, idare hukukunun konusunu genellikle, devlet idaresi veya diğer bir değişle kamu hizmetlerini yerine getiren idare organının faaliyetleridir.<sup>7</sup> Kamu menfaati ve kanunilik ilkesi üzerine kurulmuş olan idari organlar, yarar ve fayda amaçlı kurulan ve hukuk kuralları çerçevesinde hareket eden örgütlerdir.<sup>8</sup> Kanun veya kararnameler ile kurulan ve yetkilendirilen İdare organı, söz konusu görevini idari işlemler vasıtasıyla yerine getirmektedir.<sup>9</sup> Ayrıca kamu idaresinin sahip olduğu yetkilerin kanuni idare ilkesi gereği yasalara dayanması gerekmektedir. Bu noktada yetki kavramı önem arz etmektedir.

Yetki, en dar anlamda yapma veya yapmama ehliyetine sahip olma ve yaptırım gücü olarak tanımlanmaktadır. Yani, ister kamu idaresi isterse de özel idare olsun, faaliyeti yürüten idari teşkilatın karar alma, yaptırımda bulunma ve denetim yapma gibi birtakım hususlarda erke sahip olmasıdır. Ayrıca yetki, idarenin sağlıklı bir işleyiş düzeni içerisinde faaliyet yürütmesinin yanı sıra, organizasyonel faa-

<sup>6</sup> A. Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Turan Kitabevi, Ankara, 1999, s. 1.

<sup>7</sup> Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdare Hukuku. Ekin Yayın Evi, Ankara, 2003, s. 20-21.

<sup>8</sup> Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, s. 20.

<sup>9</sup> Aday Memur Hazırlayıcı Eğitimi Genel hukuk Bilgisi Ders Notu, Adalet Bakanlığı'nın Eğitim Daire Başkanlığı. 1-49. (2015). 27 Ekim 2020 tarihinde <http://www.edb.adalet.gov.tr/dersnotlari.html> adresinden erişim sağlandı. s. 21.

liyetlerde hiyerarşik düzenin sağlanması, sınırların belirlenmesi ve iş dağılımının yapılabilmesi açısından da çok önemlidir. Bu kapsamda, kamu idaresinin kademelendirilmesi, sınıflandırılması ve özel alanlarına göre iş dağılımı yapılmasının yetki unsuruyla sağlandığını söylemek mümkündür. Bu yaklaşımdan hareketle, yetki olmadan idareden veya örgütsel faaliyetlerden bahsetmek mümkün değildir.

### 3. Kanuni İdare İlkesi

Kanuni idare ilkesi veya “İdarenin Yasallığı İlkesi”,<sup>10</sup> idare hukukunda önemli bir yere sahiptir. Güçler ayrılığı ilkesi kapsamında, yasama, yürütme ve yargının belirli bir düzen içerisinde çalışmasının temelini de oluşturan kanuni idare ilkesinin tanımına ilişkin literatürde farklı yaklaşımlar mevcuttur. Bu kapsamda, Gözübüyük ve Tan, kanuni idare ilkesini, idarenin her türlü işlem ve eylemlerinin kanuna uygun olması olarak tanımlamaktadır.<sup>11</sup> Bu tanımlamada, herhangi bir ayrıma gidilmeden idarenin tüm işlemlerinin hukuk normlarına aykırı olmaması gerektiğine atıf yapılmıştır. Diğer taraftan Gözler, idarenin kanuniliği ilkesinin tanımını yaparken iki koşulun varlığına vurgu yapmıştır. Gözler’e göre, anılan ilkenin ilk koşulu “*idarenin eylem ve işlemlerini kanuna dayandırmasıdır*”. Bu kapsamda idarenin, sübjektif işlemlerinin geçerli olması için, işlemin yasal dayanağının olması zorunludur. İkinci anlamı ise söz konusu “*işlem ve eylemlerin kanuna aykırı olmaması*” koşulunun gerçekleştirilmesidir.<sup>12</sup> Bu noktada Gözler, söz konusu ilkenin idareyi işlem ve eylemlerinde sınırlandırıldığını belirtmiş ve idarenin sahip olduğu yekinin genel anlamda bağlı yetki olduğuna işaret etmiştir.

İdare, görev ve fonksiyonları gereği sahip olduğu yetkiyi Anayasa ve kanunlardan almasına rağmen faaliyet alanı, yasama organın görev ve yetki alanları ile sınırlandırılmıştır. Yasama organın sahip olduğu *Genellik, Asillik ve Devredilmezlik* ilkeleri söz konusu sınırın belirleyici unsurlarıdır.<sup>13</sup> Bu üç özellik gereği, yasama organı ki bundan sonra

<sup>10</sup> Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 67.

<sup>11</sup> A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 3

<sup>12</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2. Cilt, 2003. s. 110.

<sup>13</sup> Zaim M. Necatigil, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları*. Işık Kitap Evi, Lefkoşa, 2015, s. 60.

Meclis olarak anılacaktır, münhasır yetki ile donatılmıştır. Genellik ilkesi kapsamında Meclis, Anayasaya aykırı olmadıkça kamu yararı gereği ihtiyaç duyulan her konuda yasal düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Asillik ilkesi ise, gerek gördüğü konularda Meclisin ilk elden düzenleme yapma yetkisine münhasıran sahip olmasıdır. Bu doğrultuda, KKTC Anayasası'nın 78'inci maddesi, arada başka bir işlem veya yetkilendirme iznine gerek duymaksızın KKTC Meclisi'ne herhangi bir konuda, Anayasaya aykırı olmaması kaydıyla yasal düzenleme yapma yetkisi vermiştir. Meclis, söz konusu münhasır yetki kapsamında, gerek gördüğü alanlarda, genel veya detaylı bir yasal düzenleme yapabileceği gibi, sadece genel çerçevesini belirlemekle yetinip, detaylarının idare tarafından düzenleneceğini öngörebilir. İdare, yasama organınca tanınan söz konusu bağlı yetkiyi "*Secundum Legem*" yani kanunun öngördüğü ölçüde kullanma yetkisine sahiptir.<sup>14</sup> Kanun koyucunun, bazı konularda idareye, kamu hizmetinin yerine getirilmesini hızlandırmak ve kamu menfaati sağlamak adına kural koyucu düzenleyici işlem yapma yetkisi vermesi, yasamanın asilliği veya devredilmezliği ilkesi açısından tartışılan bir konudur. Konuya ilişkin olarak KKTC Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, Anayasaca tanınmış yasama yetkisinin Meclis tarafından herhangi bir kamu kurumuna devredilemeyeceğini ve Anayasa ve yasama organınca genel prensipleri ve çerçevesi çizilmemiş bir konuda idarenin doğrudan düzenleme yapmasının yasama erkinin devredilmezliği ilkesine aykırı olacağını, idarenin ancak Meclis tarafından daha önceden düzenlenmiş ve temel esas ve ilkeleri kanunla belirlenmiş bir alanda düzenleme yetkisine sahip olabileceğini, söz konusu şartlarda verilen yetkinin yetki devri olarak görülemeyeceğini ifade etmiştir.<sup>15</sup>

Öte yandan, idarenin kanunların egemenliği altında bağlı yetkiyle hareket etmesi, sadece bir sınır olmayıp aynı zamanda bir koşuldur.<sup>16</sup> İdarenin yürüttüğü görevler, kanunla tanımlanır, yürütülür ve yine kanunla sona erer. Bu husus, yasama ve yürütmenin birbirine bağlı

<sup>14</sup> KKTC AYM, 9/2005, D.4 s.14.; Kemal Gözler, İdare Hukuku. Bursa: Ekin Kitabevi, 2003, s. 111.

<sup>15</sup> KKTC Birleştirilmiş AYM, 12-13-14-15-16/2012, D.3/2012. s. 16. ve Zaim M. Necatigil, s. 61-62.

<sup>16</sup> Zeynep Nihal Aydınoglu, "İdarenin Kanuniliği Bağlamında İdari Yaptırımlar", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 2 S. 1, s.12.

hareket etmesini sağlamakta ve halkın iradesi ile oluşturulan Meclisin yürütme üzerindeki kontrolünün temelini oluşturmaktadır. Ayrıca, idare, Anayasa ve kanunlarca konulmuş sınırların yanında, bizatihi kendisi tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemlere de bağlı hareket etmek zorundadır. Yani idarenin işlemlerinin hukukten geçerli olabilmesinin bir diğer şartı da anılan işlemin kanunların yanında ilgili idare tarafından konulan düzenleyici işlemlere uygun olmasıdır. Bu yönüyle anılan ilkenin, idarenin keyfiliğinin önüne geçmeyi amaçladığını söylemek mümkündür. Gözler ve Gürsel'e göre "*idarenin kanuniliği ilkesinin varlık sebebi Demokrasi Prensibidir.*"<sup>17</sup> Yasama organı, halkın seçimi ile göreve gelmesi nedeniyle, yapmış olduğu yasal düzenlemeler demokratik meşruluğa sahipken, kanunla kurulan idarenin işlem ve eylemlerinde söz konusu meşruluktan yararlanması mümkün değildir. İdarenin meşruluk kazanabilmesi için mutlak surette kanunlara bağlı hareket etmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, idarenin yasalara bağlı hareket etmesi, demokratik düzeninin korunması açısından önemli olmasının yanında, hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devleti ilkesi, temelde "*idarenin hukuka bağlılığı*" anlamına gelmekle birlikte,<sup>18</sup> T.C. Anayasa Mahkemesi anılan ilkeyi "*eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlet...*" olarak tanımlamaktadır.<sup>19</sup> Anayasa Mahkemesinin tanımlamasından da görüleceği üzere, kanuni idare ilkesinin bir gereği olan idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka dayanması şartı, hukuk devleti ilkesinin de koşuludur. Hukuk devleti ilkesine göre, hukuka bağlı olmayan bir idari yapıda hukukun üstünlüğünden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Kelsen'e göre devlet; kendi oluşturduğu hukuksal düzene riayet etmekle yükümlüdür. Bu kapsamda, Kelsen, devletin, idarenin müdahalelerini sınırlandırırken aslında kendi müdahale alanını sınırlandır-

<sup>17</sup> Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayın Evi, Bursa, 2019, s. 71.

<sup>18</sup> Metin Günay, *İdare Hukuku*, İmaj Yayın Evi, Ankara, 2015, s.37.

<sup>19</sup> KKTC AYM, E.2018/113, K.2020/48, 24/09/2020.



dığı ve kendisini kanunlara bağlı kıldığı görüşünü savunmaktadır.<sup>20</sup> Bu yaklaşımla idare, Anayasa ve yasaların yanı sıra kendi çıkardığı düzenleyici işlem niteliğindeki alt hukuk normlarına da bağlı kalmak zorundadır. Bu durum kanuni idare ve hukuk devleti ilkelerinin temel unsurlarından olan *Belirlilik İlkesinin* de bir gereğidir. 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*” büyük önem arz etmektedir.<sup>21</sup> Yani hukukun aktif bir süjesi olan birey, kendi eylemleri sonucu hangi hukuksal yaptırıma maruz kalacağını öngörebilmelidir. Bahse konu öngörülebilirlik kuralı, idarenin işlem ve eylemleri için de geçerlidir. Birey ile idare arasındaki ilişkinin sağlıklı olarak yürütülebilmesi için tarafların hak ve yükümlülüklerinin biliniyor olması esastır. Aksi takdirde, idarenin varlık sebebi olan kamu düzeni ve menfaatinin sağlanması imkânsızlaşacak ve idare, takdir yetkisinden öte keyfi yönetim anlayışı içerisine girecektir. Bu kapsamda idare, sahip olduğu bağlı yetkiye dayanarak yapmış olduğu düzenleyici işlemlerde de belirlilik ilkesine riayet etmeli ve normlar arası çatışma yaratacak düzenlemelerden kaçınmalıdır.

Kanuni idare ilkesi ile bağlantılı bir diğer ilke ise “*Hukuki Güvenlik*” ilkesidir. Söz konusu ilke, *hukuk normlarının belirli ve öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.*<sup>22</sup> Bu bağlamda idarenin, kendi menfaatine olmayan hukuk normunu keyfi olarak lehine çevirmek masadıyla devamlı değişen ve öngörülebilir olmayan düzenlemeler yapması hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

### 3.1. Kanuni İdare İlkesinin Anayasal Temelleri

Kanuni idare ilkesi, iki boyutta gerçekleşmektedir. Buna göre, kanuni idare ilkesini ilk olarak idarenin kuruluşunun kanunla düzenlenmesinde ikinci olarak ise idarenin görev ve yetkilerinin kanunla tanımlanmasında görmekteyiz.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Zeynep Nihal Aydınoglu, s. 14.

<sup>21</sup> AYM, E.2018/104, K.2020/39, 16/07/2020.

<sup>22</sup> AYM, E.2018/33, K.2018/113, 20/12/2018.

<sup>23</sup> Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/Nur Kaman/H. Eyyüp Özdemir/Gül Fiş Üstün/Melih Çakır/Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 3.



İdarenin kuruluşunun kanunla düzenlenmesi kapsamında, T.C. 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası'nın birlikte değerlendirilmesi, Türk idare hukukundaki değişimin ortaya konması açısından faydalı olacaktır. 1961 Anayasası'nın 112/2'nci maddesinde, "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur" hükmü yer almıştır. Bu kapsamda, 1961 Anayasası'nda idarenin iki şekilde kurulabileceği öngörülmüştür. Bu açıdan idare, mevcut bir yasa maddesine dayanarak kurulabilecek, ya da kamu tüzel kişilikleri yasada açıkça belirtilmese dahi Anayasadan veya yasadaki alınan bir yetkiye dayanarak oluşturulabilecektir.<sup>24</sup>

1982 Anayasası'nda da benzer bir yaklaşım olmakla birlikte, Anayasanın 123'üncü maddesinde idarenin kuruluş ve görevlerinin *yasa ile bir bütün* olduğu ve yasa ile kurulabileceği hükmü amirdir.<sup>25</sup> Ancak 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile anılan maddenin 3'üncü fıkrası "kamu tüzel kişiliklerinin kanun veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulabileceği" yönünde değişiklik yapılmıştır. Ayrıca, söz konusu Anayasa değişikliği ile Anayasanın 113'üncü maddesinde yer alan Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatının kanunla kurulacağı ifadesi de kaldırılmıştır.

Her iki Anayasada idari teşkilatın oluşturulmasında idarenin bütünlüğü ilkesine atıf yapıldığı görülmektedir. İdarenin bütünlüğü ilkesi, idari görevleri yerine getiren kurumlar arasında birliğin sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içinde çalışması olarak tanımlanmaktadır.<sup>26</sup> Yönetim mekanizmasının kurulmasında

<sup>24</sup> Metin Günday, s. 43.

<sup>25</sup> Anayasa'nın 123'üncü maddesinde idarenin bütünlüğü ve kamu tüzel kişiliği" başlığı altında idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği, kuruluş ve görevlerinin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağı; kamu tüzel kişiliğinin ancak kanunla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulacağı belirtilmiş; 127'nci maddesinde, yerel yönetimlerin tanımı yapıldıktan sonra organlarının kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulacağı; ikinci fıkrasında, yerel yönetimlerin kuruluş, görev ve yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği; üçüncü fıkrasında, yerel yönetim seçimlerinin Anayasa'nın 67'nci maddesindeki esaslara göre beş yılda bir yapılacağı öngörülmüş; fıkranın son cümlesinde ise kanunla büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirilebileceği vurgulanmıştır. AYM, E.2013/19, K.2013/100, 12/09/2013

<sup>26</sup> T.C. AYM, E.2018/7, K.2018/80, 05/07/2018

esas olarak kabul edilen söz konusu ilke, teşkilatların kurulması, yetkilendirilmesi, yönetimi ve denetiminde kanuna dayalı bir birliktelik öngörmesi nedeniyle de üniter devlet modelini esas almaktadır.

KKTC Anayasası incelendiğinde, T.C. Anayasası ile genel anlamda uyumlu olduğu görülmektedir. KKTC Anayasası'nın 113'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, devlet yönetiminin kuruluş ve görevlerinin yasa ile düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir. Anılan maddenin 3'üncü fıkrasında ise, 1961 ve 1982 T.C. Anayasası ile uyumlu olarak, Kamu tüzel kişiliğinin sadece yasa veya yasanın verdiği yetkiye dayanarak kurulabileceği hükmü yer almaktadır. Diğer taraftan, KKTC'de Bakanlıkların kurulması ve kaldırılması, Anayasa'nın 108. maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre *"Bakanlıklar, Anayasa'nın öngördüğü sayı ve ilkelere uygun olarak Başbakanın önerisi ve Cumhurbaşkanının onayı ile Resmî Gazete'de yayımlanacak bir kararname ile kurulur ve kaldırılır. Ancak böyle bir kararname ilgili Başbakanın güvenoyu alması halinde yürürlüğe girer"*.

Kanuni idare ilkesinin diğer bir boyutu da idarenin kuruluşlarının yanında görev ve yetkilerinin de yasalarca düzenlenmesidir. KKTC Anayasası'nın 115'inci maddesine göre, *"Dairelerin ve hizmet birimlerinin kuruluşu, görev ve yetkileri yasa ile düzenlenir"*.

Buna karşılık T.C. Anayasası'nda 2017 yılında yapılan değişiklik ile, idarenin görevlerinin kanunun yanında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile de düzenlenebileceği öngörülmüştür.

İdarenin görev ve fonksiyonlarını yerine getirmesinde "yetki" asli unsur konumundadır. Bu bağlamda, yetki ile kanuni idare ilkesi arasında da doğrudan bir ilişki bulunduğu görülmektedir. Yasanın sözünden de anlaşılacağı üzere; idarenin herhangi bir konuda görev yapabilmesi ve/veya karar üretebilmesi için mutlak surette kanunla yetkilendirilmiş olması gerekmektedir.<sup>27</sup>

Bu bağlamda incelendiğinde KKTC Anayasası ile T.C. Anayasalarında idarenin yetkilendirilmesi hususunda benzer yaklaşımın bulunduğunu görmekteyiz. KKTC Anayasası'nın 3'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasına göre *"Hiçbir organ, makam veya merci, kaynağını bu*

<sup>27</sup> TC. Anayasası'nın 123'üncü maddesi, KKTC Anayasası'nın 113'üncü maddesi.

*Anayasa'dan almayan bir yetki kullanamaz". Anayasanın sözünden, yetkinin kaynağının doğrudan Anayasa ve dolayısıyla da yasama organı olduğu görülmektedir. Konuya ilişkin olarak Yüksek İdare Mahkemesi Erhürman'a atıfta bulunarak, "KKTC idaresindeki herhangi bir makam veya kişinin herhangi bir konuda bir yetki kullanabilmesi için, bu yetkinin egemenliğin kayıtsız şartsız sahibi olan halk adına Cumhuriyet Meclisi tarafından verilmiş olması gerekir. Bu noktadan hareketle, Anayasa veya Cumhuriyet Meclisi tarafından açıkça verilmeyen bir yetkinin yürütme organı ya da idare tarafından kullanılamayacağı..." nı belirtmiştir.<sup>28</sup> Mahkemenin söz konusu kararından, idarenin yetkilendirilmesinin Anayasanın yanında sadece yasama organının hukuksal işlemleri ile mümkün olduğu sonucuna varılabilecektir. Ancak, idarenin yetkilendirilmesi yalnız yasama organınca çıkarılan kanunlarla sınırlı olmayıp kararname, tüzük, yönetmelik, genelge ve benzeri düzenleyici işlemlerle de olabilmektedir. Yüksek İdare Mahkemesi, idare hukuku ilkelerine göre idarenin yetkilendirmesinin de esasın "mevzuat ile belirlenme" olduğuna ve idari organların yasalar ve ilgili mevzuat ile yetkilendirilmesi gerektiğine işaret etmiştir.<sup>29</sup> Yani Mahkeme, idarenin işlem ve eylemlerinde yetki unsurunu incelerken, Anayasa ve yasanın yanında ilgili mevzuat ile yetkilendirmeyi de dikkate almaktadır. Ayrıca Mahkeme, "İdare hukuku ilkelerine göre idare, yetkilerini bir makam veya organ vasıtası ile kullanmaktadır. Böyle bir makam veya organ ise yetkilerini yasa, tüzük veya yönetmeliklerden almaktadır. Yasa, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen yetki dışında yapılan tüm işlemler hukuka aykırı olması nedeni ile yoklukla malûldür" şeklinde yorumda bulunarak, idarenin yasanın yanında tüzük ve yönetmelikler ile de yetkilendirilebileceğini açıkça ifade etmiştir.<sup>30</sup>*

Diğer taraftan, KKTC Anayasası'nın 122'nci maddesinde "*Anayasa ve yasa açıkça yetki vermedikçe Devletin hiçbir organı, tüzük yapamaz ve yürürlüğe koyamaz. Yönetmelikler de ancak tüzüklere uygun olarak yapılır ve yürürlüğe konur*" hükmü amirdir. Bahse konu hüküm ile Anayasa koyucunun, idareye mevzuat oluşturma sürecinde bağlı yetki tanıdı-

<sup>28</sup> KKTC YİM:232/2014, D.33/2014; Tufan Erhürman, İdari Yargılama Hukuku; Türk ve İngiliz Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Işık Kitabevi, Lefkoşa, 2012, s.421.

<sup>29</sup> KKTC YİM: 396/2004, D.13/2006 s.12.

<sup>30</sup> KKTC YİM: 108/2005 D.1/2009

ğını ve idarenin yetkilendirilmesinde kanunilik unsurunu oluşturan mevzuatın, söz konusu bağlı yetki çerçevesinde yapıldığını, dolayısıyla da Anayasada açık yetki verilmedikçe idarenin düzenleyici işlem niteliğinde oluşturacağı mevzuat ile idarenin yetkili kılınamayacağını söyleyebiliriz.

T.C. Anayasasında da idarenin yetkilendirmesinde benzer yaklaşım bulunmaktadır. T.C. Anayasası'nın 6'ncı maddesine göre "*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*". Yine Anayasa'nın 123'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" Söz konusu madde ise "*idarenin kanuniliği ilkesinin idarenin kanunla düzenlenmesini*" gerekli kılmaktadır.<sup>31</sup>

Diğer taraftan, 2017 Anayasa değişikliğinde, 1982 Anayasası'nın 106'ncı maddesinde "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*" denilmek suretiyle, yürütme görevini yerine getiren Cumhurbaşkanlığı makamına doğrudan düzenleme yetkisi verilmiştir.<sup>32</sup> Burada idareye tanınan düzenleme yetkisinin kaynağı Anayasanın ilgili maddesidir.<sup>33</sup> Aynı durumu, 1982 Anayasası'nda hangi konuların özel olarak CBK ile düzenleneceği öngörülen diğer maddelerde de mevcuttur. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığı makamına tanınan söz konusu yetkinin bağlı yetki olduğunu ve anayasada açıkça yetki verilen konular dışında idarenin CBK ile ilk elden idareyi yetkilendiremeyeceğini söyleyebiliriz. T.C. Anayasa Mahkemesi, 9.6.2021 tarihli ve (77) numaralı Ekonomi Koordinasyon Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 6. maddesinin iptaline ilişkin kararında, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yetkisinin kapsamına ilişkin olarak "*kamu tüzel kişiliği bulunmayan ve herhangi bir bakanlığın merkez veya taşra teşkilatına da dâhil olmayan idari bir birimin görev ve yetkilerinin CBK'yla düzenlenmesi Anayasa'nın 106. maddesi-*

<sup>31</sup> T.C. AYM, E.2013/114, K.2014/184, 4.12.2014

<sup>32</sup> Anayasa değişikliği öncesi Yürütmenin KHK çıkarması için meclisten yetki kanunu alması gerekmektedir. Ancak, 1982 Anayasası Cumhurbaşkanlığı makamına ayrı bir yetki kanununa ihtiyaç duymadan doğrudan düzenleme yapma yetkisi tanımıştır.

<sup>33</sup> Anayasa'nın 106. maddesinde bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması hususlarında CBK ile düzenleme yapılmasına açık izin verilmiştir.

nin on birinci fıkrasına" aykırı olduğunu yorumunda bulunmuştur.<sup>34</sup> Mahkemenin yorumuna göre, Türk hukukunda idarenin CBK ve diğer düzenleyici işlemleri ile idareyi yetkilendirmesinde kanunilik unsuru Anayasa, kanun ve söz konusu üst hukuk normları ile açıkça verilen yetki ile sağlanmaktadır.<sup>35</sup>

### 3.2. İdarenin Düzenleyici İşlemleri

İdare organı asli görevi olan kamu hizmet görevini idari faaliyetler vasıtasıyla yerine getirmektedir. İdari faaliyetler ise idari işlem ve eylem olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır. İdari işlem, idare organının sahip olduğu yetkiler kapsamında kamu yararı gözetmek kaydı ile hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamasıdır. İdari eylem ise, idarenin bir karar veya işlem neticesinde "İdarenin yaptığı bir davranış" tır.<sup>36</sup> Bu davranış bir şeyi yapma şeklinde ortaya çıkacağı gibi yapmama yönünde irade göstermesi şeklinde de ortaya çıkabilir.

İdari işlemler kendi içerisinde bireysel işlemler ve düzenleyici işlemler olarak ikiye ayrılmakla birlikte, çalışmanın konusunu oluşturan düzenleyici işlemler düzenli idare ilkesinin gereği olan bir yetkidir.<sup>37</sup> İdare, görev ve yetki alanına ilişkin konularda yasa koyucunun çizdiği sınırlar dâhilinde düzenleyici işlem çıkarma konusunda genel yetkilidir.<sup>38</sup>

İdarenin düzenleyici işlemleri, maddi kriter veya fonksiyonları gereği kanuna benzemekle birlikte literatürde, "kural işlem, objektif işlem ya da genel düzenleyici işlem" olarak da anılmaktadır.<sup>39</sup> Benzer bir yaklaşımla KKTC Yüksek İdare Mahkemesi düzenleyici işlemleri şu şekilde tanımlamıştır;

*"Tüzük ve yönetmelikler hukuki mahiyetleri icabı düzenleyici işlemlerdir. Tüzük ve yönetmelikler dışında kalan idarenin hukuksal işlemleri kendilerine vücut veren mevzuatın buyruğu, kapsamı ve sınırı içinde kalmak koşulu ile,*

<sup>34</sup> T.C. AYM, 30.12.2021, 88/105; 22/1/2020 tarihli, E.2018/125 K.2020/4.

<sup>35</sup> Ümit Süleyman Üstün, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Turan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 15.

<sup>36</sup> KKTC Yargıtay/Hukuk: 172/201, D.4/2016.

<sup>37</sup> Tahsin Bekir Balta, İdare Hukukuna Giriş, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968-1972, s. 121.

<sup>38</sup> Tahsin Bekir Balta, s. 122.

<sup>39</sup> Ümit Süleyman Üstün, s. 29.

*sürekli, icrai, genel ve soyut nitelikli kişisel olmayan nesnel ve genel hükümler içeriyorsa, düzenleyici işlem kategorisinde olup, münzam mevzuat sayılır".*<sup>40</sup>

Bu kapsamda, en dar anlamda düzenleyici işlem "genel ve kişilik dışı niteliğe sahip tek yanlı işlem" olarak ifade edilmektedir. Geniş anlamda ise, idarenin, yasaların kendisine tanıdığı serbestlik sınırları içerisinde, hukuk devleti ilkesine ve genel hukuk kurallarına aykırı olmamak şartıyla, yol gösterici olarak tabir edilebilecek genel ve kişilik dışı işlemler, düzenleyici işlemlerdir.<sup>41</sup>

Kanuni idare ilkesi kapsamında, idarenin düzenleyici işlemlerinin iki özelliği bulunmaktadır. Bunlar "*Intra Legem*" yani kanuna uygun olma ve "*Secundum Legem*" yani kanuna dayanması özellikleridir.<sup>42</sup> Kanuna uygun olma özelliği bağlamında, idare yetki alanı çerçevesinde düzenleyici işlem yaparken ilgili kanunlara aykırı düzenleme yapamaz. Bunun en önemli nedeni, düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yeridir. Kelsen'e göre, bir hukuk normunun geçerli olabilmesinin temelinde o normun ihdasına imkân tanıyan diğer bir üst norm bulunmalıdır. Dolayısıyla, normlar hiyerarşisine göre idarenin düzenleyici işlemleri kanunların altında olması nedeniyle, her zaman onu geçerli kılacak bir üst hukuk normuna ihtiyaç bulunmaktadır. Aksi takdirde, yapılan düzenleme hukuka aykırı olması nedeniyle her zaman iptal davasına konu olabilecektir.

İdarenin düzenleyici işlemlerinin bir diğer özelliği olan kanuna dayanma, *kanun olmayan yerde idare de yoktur* yaklaşımının uygulamadaki tezahürüdür. Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin olarak bir kararında, "*Yasama Organının, bir konunun genel ilkeleri saptamakla yetinip ayrıntılarına, ihtisasa ve idare tekniğine taallûk eden hususların düzenlemesini yürütme organına bırakması dışında yürütme organı, doğrudan doğruya hukuki işlemler yapma yetkisine sahip...*" olmadığını belirtmiştir.<sup>43</sup> Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, idarenin düzenleyici işlemlerini belirli bir yasa tahtında yapması esastır. Bu bağlamda, idarenin genel anlamda kural işlemlerinde bağlı yetkiye sahip olduğunu söylemek mümkündür.

<sup>40</sup> KKTC YİM 81/2007, D.4/2009.

<sup>41</sup> Adnan Gerçek, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 35.

<sup>42</sup> Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, (2019), s. 382.

<sup>43</sup> T.C. AYM, E.2000/8, K.2003/104, 26/12/2003

İdarenin düzenleyici işlemleri Anayasadan kaynaklanan düzenleyici işlemler ve “adsız düzenleyici işlemler” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.<sup>44</sup> Anayasadan kaynaklanan düzenleyici işlem yapma yetkisi, KKTC Hukukunda Anayasa’nın 122’nci maddesinden kaynaklanan tüzük ve yönetmelikler ile çalışmanın konusunu da oluşturan 112’nci maddesinden kaynaklanan Kararname çıkarma yetkisidir. T.C. Anayasası’nda ise Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve Yönetmelikler olmak üzere iki tanedir. İdare söz konusu yetkiyi doğrudan Anayasadan alıyor olması nedeniyle ayrıca kanunla yetkilendirilmesine gerek yoktur. Adsız düzenleyici işlemler ise, yürütmenin, “karar”, “kararname”, “tebliğ”, “sirküler”, “statü”, “esaslar”, “genel emir”, “tenbihname”, “genel tenbih”, “ilan”, “duyuru”, “plân”, “tarife”, “ilke kararı”, “yönerge” ve “iç düzen kararı” gibi isimler taşıyan... işlemlerine verilen isimdir.<sup>45</sup> Söz konusu düzenleyici işlemler içerik bakımından yasanın ve veya tüzükler ile yönetmeliklerin genel ifadelerle hukuk dünyasına getirdiği bir kuralın somut olaylar karşısında nasıl uygulanacağına dair usul ve yöntemi ayrıntılı olarak açıklamak maksadıyla yapılan ve bir nevi yasanın tamamlayıcısı olarak hazırlanan hukuksal belgelerdir.

#### 4. Kanuni İdare İlkesinin İstisnası Olarak Olağan Dönem Kararnameleri

T.C. ve KKTC Hukukunda yürütmenin olağan dönemde kararname çıkarma yetkilerinin kaynağı Anayasadır. KKTC Hukukunda yürütme erkini yerine getiren Bakanlar Kurulu Yasa Gücünde Kararname çıkarma yetkisini Anayasası’nın 112’nci maddesinden almaktadır. Türk Hukukunda, 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına Anayasanın 104 (17)’nci maddesi kapsamında kararname çıkarma yetkisi verilmiştir.

Kanuni idare ilkesinin istisnası olarak ta karşımıza çıkan kararname yetkisi, Türk Hukukuna, 1961 Anayasası’na 1971 yılında yapılan değişiklik ile dahil olmuştur.<sup>46</sup> Aynı uygulama, 21 Ocak 2017 Anayasa değişikliği öncesinde 1982 Anayasası’nda da devam etmiş ve 82’nci madde kapsamında TBMM’nin Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde

<sup>44</sup> A. Şeref Gözübüyük/ Turgut Tan, s.141.

<sup>45</sup> KKTC YİM: 194/2012. D. 33/2013. s. 18-19.

<sup>46</sup> A. Şeref Gözübüyük/ Turgut Tan, s.92.



kararname (KHK) çıkarma yetkisi verebileceği hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 91'inci maddesi ile sınırları çizilmiş olan KHK çıkarma yetkisi, Anayasa Mahkemesi tarafından da<sup>47</sup> "Anayasa'da sınırları belirtilen, belli konular için verilebilen kendine özgü ve istisnaî (müstesna) bir yetki" olarak yorumlanmıştır.<sup>48</sup> Bu yetki ile yasama organı idareye, sınırlarını çizdiği konular ve durumlar ile sınırlı kalmak koşulu ile yasama organınca yapılması öngörülen konularda ilk elden düzenleme yetkisi vermiştir. Literatürde KHK yetkisi ile yasama yetkisi arasındaki ilişkiye yönelik farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Özbudun'a göre, yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi T.C. Anayasası'nın 7'nci maddesi ile hükme bağlanmış genel bir kuraldır. Ancak, yasama organının Bakanlar Kurulu'na verdiği KHK yetkisi, yürütmenin diğer işlemlerinden farklı, kanuna eşit hukuki güçte olması ve bu yetki ile yürürlükte bulunan kanun hükümlerini de değiştirebilir veya kaldırabilir olması nedeniyle "yasama yetkisinin devri" niteliğindedir.<sup>49</sup> Gözler de aynı görüşü paylaşarak, KHK yetkisini yasama yetkisine istisna bir yetki olarak değerlendirmiştir.<sup>50</sup> Diğer taraftan Teziç'e göre ise, "1961 Anayasası'nda olduğu gibi, 1982 Anayasası'nda da Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetki-

<sup>47</sup> Anayasa Mahkemesi 6.4.2011 günlü, 6223 sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu'nun yürütmesinin durdurulmasını ilişkin kararında yer alan, "TBMM'ne ait bulunan yasama yetkisi, devredilemeyen, genel ve asli bir yetkidir. KHK çıkarma yetkisi ise Anayasa'da sınırları belirtilen, belli konular için verilebilen kendine özgü ve istisnaî (müstesna) bir yetkidir. Kuvvetler ayrımı çerçevesinde devredilemeyen bir görev olan yasama yetkisine, istisna olarak getirilen KHK çıkarma yetkisinin çabukluk gerektiren belli ve önemli konularda, teknik düzenleme gerektiren alanlarda ya da değişkenlik gösteren durumlarda ihtiyaç duyulan düzenlemeleri yapmak üzere verilen bir yetki olduğunda duraksama bulunmamaktadır" ifadesi ile, KHK'ların sınırlı istisnai bir yetki olduğuna işaret etmiştir. Bknz. T.C. AYM 27.10.2011 E. 2011/60, K. 2011/147.

<sup>48</sup> Cengiz Derdiman, "Türk Kamu Yönetimi ve Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname (1982 Anayasası'nın 91.maddesinin Değerlendirilmesi)", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Y. 1996. S. 51 Cilt 01. S.147.; Mustafa Avcı, Türkiye'de Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnameleri ile ilgili Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2012, C. 16, S. 1, ss. 34-35.

<sup>49</sup> Abdurrahman Eren, "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi". *Anayasa Yargısı*, Y. 2019, C. 36, S. 1, ss. 22-23.

<sup>50</sup> R. Cengiz Derdiman ve Yusuf Uysal, "Türk kamu yönetiminde yetki devri", *Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 2014, C. 15, S. 27, s. 264.

*sinin tanınmış olması, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini ortadan kaldırmamaktadır... Yasama organı verdiği yetkiyi her zaman bir kanunla geri alabileceği gibi, o alanda, daha sonra yasal düzenlemede de bulunabilir*".<sup>51</sup> Yine benzer yaklaşımla Sağlam, KHK yetkisinin, yasama yetkisinin devredilmezlik kuralının bir istisnası olmadığı ve düzenleniş şekillerinden dolayı KHK'ların *denetimli ve somut bir konuya ilişkin bir iş devri görünümünde olduğu* görüşündedir.<sup>52</sup> Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa'nın 87 ve 91'inci maddelerinde düzenlenen "yetki yasası" ile "KHK" ya ilişkin hükümlerde yasama organının "yetki devrinden" değil, "yetki vermesinden" söz edilmektedir. Yetki devri ile verme arasında hukuksal sonuçları bakımında farklılıklar bulunmaktadır. Yetki devri halinde yetki devralana geçer ve devreden organın söz konusu yetkiyi kullanması mümkün olmaz. Oysa KHK çıkarma yetkisi verilen bir yetkidir ve yasama organı söz konusu yetkiyi gerek görmesi halinde kaldırabilir veya yetkiye dayanılarak yapılan işlemi değiştiren bir düzenlemede bulunabilir.<sup>53</sup> Kanaatimizce de idarenin yasama organınca verilen bir yetki ile kanuna dayanarak, somut bir konuyu ilk elden düzenlemesi, yasama yetkisinin devri kapsamında değil, yasama organının yapacağı bir işin devri niteliğindedir. Zira yasama organı, yetki kanunu ile idareye bağlı yetki vermektedir. Bu nedenle, KHK yetkisi kanuni idare ilkesine bir istisna oluşturmamaktadır.

KKTC Hukuku açısından YGK çıkarma yetkisinin ise, 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'na dayandığı görülmektedir. İlgili Anayasa incelendiğinde, YGK çıkarma yetkisinin, 183 (7)'nci maddede olağan üstü durumlarda, cemaat lideri konumundaki Cumhurbaşkanı ve Cumhurbaşkanı muavini tarafından ayrı ayrı veto edilme hakkı saklı olmak üzere Bakanlar Kurulu'na tanındığı görülmektedir. Ancak, 1960 Anayasası, yürütmeye olağan dönemde kararname çıkarma yetkisi vermemiştir. Olağan dönem YGK yetkisi ilk olarak, Kıbrıs Türk Federe Devleti (KTFD) Anayasası'nın 88'inci maddesi ile KKTC Hukukuna girmiştir. Türk Hukuku örnek alınarak hazırlanan KTFD Anayasası'nda

<sup>51</sup> Kemal Gözler, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000. s. 233.

<sup>52</sup> Fazıl Sağlam, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", *Anayasa Yargısı*, Y. 1984 S. 1, s. 266.

<sup>53</sup> AYM, 05.10.2000, 45/27.

YGK yetkisi düzenlenişi bakımından 1961 ve 1982 Anayasası'ndaki benzerlerinden farklıdır. Bakanlar Kurulu'nun Kararname yetkisini kullanması için; Türk Hukukunda Meclisten yetki kanunu çıkarılmış olması gerekirken, KTFD Anayasası'nda ayrı bir yetkilendirme kanunu şartı öngörülmemiştir. KKTC Yargıtayı 4/79 sayılı Döviz İstikrar Fonu Yasası altında çıkarılan 25.1.1980 tarihli İthalat ve İhracatı Düzenleme ve Denetim Kararnamesine ilişkin kararında, "...Yönetimin bir parçası olan Bakanlar Kurulu, Anayasanın verdiği yetkiye dayanarak yürütsel yetkiler yanında yönetsel ve icabı halinde yasama yetkilerini de kullandığı görülmektedir. Birçok halde yasama yetkisini, gerek Anayasanın verdiği 88. maddeye istinaden ve gerekse bazı yasaların verdiği yetkiye dayanarak Talimatname, Tüzük, kararname gibi yasadan daha düşük seviyede olup yasa niteliğinde sayılan teşrii tasarruflar yapmak sureti ile kullandığını"<sup>54</sup> ifade etmiştir. Yargıtay'ın yorumundan, KTFD Anayasası'nda yer alan yürütmeye tanınan YGK (Madde 88) yetkisi ile KKTC hukukunda idareye Anayasada belirtilen konu ve şartlara bağlı kalmak şartıyla yasama yetkisini kullanma hakkı tanındığını söyleyebiliriz.

KTFD Anayasası'nda YGK yetkisine ilişkin yer alan esaslar 1985 yılında yürürlüğe giren KKTC Anayasası'nda da geçerliliğini korumuştur. Anayasa koyucu 78'inci madde ile KKTC Cumhuriyet Meclisine; sair görevlerin yanı sıra yasa koyma, kaldırma ve değiştirme yetkileri tanımıştır. Ancak, T.C. Anayasası'nın 7'nci maddesinde yasama yetkinin devredilemeyeceği amir iken, KKTC Anayasası'nda söz konusu yetkinin devredilemeyeceğine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Yüksek İdare Mahkemesi, KKTC Anayasası'nın idareye tanıdığı YGK yetkisine ilişkin olarak, "Anayasamız ve onun altında çıkarılan yasalar, idareye yürütsel ve yönetsel yetkiler dışında, bazı hallerde yasama yetkileri de vermektedir. Buna örnek olarak, Anayasanın 112. maddesinde düzenlenen yasa gücünde kararnameler ve 120. maddesinde yer alan tüzük ve yönetmelik yapma yetkisi sayılabilir" demek suretiyle YGK'lerin yasama yetkisinin istisnası olduğuna işaret etmektedir.<sup>55</sup> Benzer yaklaşımla KKTC Anayasa Mahkemesi, "Anayasanın bazı konuların yasa ile düzenlenmesini öngördüğü durumlarda, Anayasa bu gibi konuların Yasama Organının denetiminde bulunmasını istemektedir. Öte yandan Yasama Organı bu gibi

<sup>54</sup> KKTC Yargıtay/Hukuk 5/83, D.12/83.

<sup>55</sup> KKTC YİM 147/85 D.39/87; KKTC YİM 81/2007 D.4/2009.

konularda yetkisini Yürütme Organına veya başka bir organa verebilir ancak bu gibi hallerde Yürütme Organına veya yetkilendirilmiş başka bir organa yasada verilen görevin açıklıkla belirtilmesi, sınırlarının açıklıkla *tespit edilmesi ve ilgili organa tamamen keyfi hareket edecek bir yetkinin verilmemesine özen gösterilmesi gerekir*" yorumunda bulunmuştur.<sup>56</sup> KKTC yüksek mahkemelerinin yasama yetkisinin idareye devrine ilişkin yorumlarından da anlaşılacağı üzere, idarenin yasama benzeri işlemlerindeki yetkisi son derece sınırlı ve istisnaidir. Anayasa koyucu idareye söz konusu yetkiyi, sınırlarını açıkça belirleyerek ve keyfiliğe varacak takdir yetki alanı bırakmadan tanımaktadır.

#### **4.1. KKTC Hukukunda Yasa Gücünde Kararname Yetkisi ve Unsurları Bakımında İncelenmesi**

KKTC Hukukunda, YGK'lar T.C. Anayasası'ndaki 2017 sonrasında yapılan değişiklik öncesindeki KHK'larda olduğu gibi doğrudan kanunlar ile eşdeğer bir statüdedir. Diğer taraftan, düzenleme alanı bakımından ise T.C. Anayasası'nda yer alan CBK'lara nazaran çok sınırlı bir yetkidir.

##### **4.1.1. Yetki Unsuru**

KKTC Hukukunda kaynağı Anayasa olan YGK çıkarma yetkisi Bakanlar Kuruluna verilmiş olmakla birlikte, anılan yetkinin kullanılması için ayrı bir "yetki kanununa" gerek yoktur. Kanuni idare ilkesi kapsamında değerlendirildiğinde, KKTC Hukukunda YGK'ların, doğrudan kanuna dayanma zorunluluğu yoktur. Bu nedenle, Türk Hukukunda olduğu gibi KKTC Hukukunda da yürütme erki doğrudan Anayasa'dan aldığı yetkiyle söz konusu istisnai hukuki işlemi yapabilmektedir. Ancak, kanuna dayanmama özelliği, idarenin kararnameye ilişkin yetkiyi sınırsız kullanacağı anlamına da gelmemektedir. KKTC Anayasası'nın 5'inci maddesinde, yürütme yetkisi *Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunca Anayasa ve yasalara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*" hükmü amir kılınmıştır. Söz konusu madde bağlamında Bakanlar Kurulu kararname yetkisini kullanırken, Anayasa ve kanunlara uygun hareket etmek zorundadır. Aksi takdirde, yapılan işlem neticesinde yetki bakımında olmasa da konu bakımından sakatlık durumu ortaya çıkar.

<sup>56</sup> KKTC AYM 5/97 D.1/98.

#### 4.1.2. Konu Unsuru

KKTC Hukukunda Kararname yetkisinin Türk Hukukundaki kararnamelere nazaran konu bakımından oldukça sınırlı olduğu görülmektedir. Anayasa'nın 112'nci maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu, yalnız ekonomik konularda YGK çıkarma yetkisine sahiptir. Buna ek olarak yasa koyucu, anılan maddenin 1'inci fıkrasında yer alan *ivedilik varsa* ifadesi ile ekonomik konulara ilişkin YGK çıkarma yetkisinde ayrı bir sınırlamaya gittiği görülmektedir. Konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi bir kararında yürütmeye tanınan YGK çıkarma yetkisinin temel nedeninin "*çabuk davranma zorunluluğu*" olduğuna işaret etmiştir.<sup>57</sup> Yine Anayasa Mahkemesine göre, "*erken hareket edilmesi gereken konunun, uzun süreden beri kendisini göstermemiş olması gereklidir*".<sup>58</sup> Söz konusu iki karardan anlaşılacağı üzere, yürütme erki bu yetkiyi kullanırken ani gelişen olaylar ve yasanın doğal sürecine bırakılmayacak konular için kullanılması gerekmektedir. Bu noktada, hangi olayların öngörülebilir konular olduğu ayrı bir tartışma konusudur. KKTC Anayasa Mahkemesi, Bakanlar kurulunun Kovid-19 sürecini gerekçe göstererek öğretmenlerin hayat pahalılığı ödeneğinin geçici olarak 4 ay süreyle durdurulmasına ilişkin açılan yürütmeyi durdurma isteminde "*ivedilik kriterinin*" belirlenmesi hususuna açıklık getirmiştir. Mahkemeye göre; "*İvedilik unsuru erken hareket etmek gerekliliği, gerekli işlemin yapılması için zamanın geçmesinin beklenilememesi, olarak anlaşılır. Bakanlar Kurulunun Cumhuriyet Meclisinden daha seri hareket edebildiği, daha erken karar alabildiği bir gerçektir. Yasa ile düzenlenmesi gereken bir konu yasa gücünde kararname ile düzenlenebilmektedir. Ancak, bu yetki yürütmeye istisnai olarak verilmiştir... yasa gücünde kararname müessesesi, çok acele hallerde hükümetin elinde uygulanacak seri bir kural olmadığı için, acele olarak çıkarılıp ve hemen olayın üstüne gidilmesi gereken hallerde çıkarılması için vardır... İvedi olan hususun yerine getirilmesi için yasa hazırlanması ve yasanın Mecliste onaylanmasının beklenmesine zaman olmaması, böyle bir zamanın geçirilmesine tahammül olmaması gerekir...*".<sup>59</sup> Diğer taraftan mahkeme, içtihat niteliğinde kabul edilen kararında, ekonomik durumların ortaya çıkmasına neden olan olayların uzun süreden beri varlığı bilinen veya geleceği bilinen olaylar olması halinde,

<sup>57</sup> KKTC AYM 20 ve 21/2012, D.2/2012.

<sup>58</sup> KKTC AYM 20-21/2012 D.2/2012.

<sup>59</sup> KKTC AYM 7/2021 D. 5/202.

konunun Cumhuriyet Meclisinde görüşülerek gerekli yasal düzenlemeler yapılmadan doğrudan YGK ile bir düzenlemeye gidilmesinin ivedilik kriterini karşılamayacağını belirtmiştir.<sup>60</sup> Burada mahkemenin YGK yetkisini istisnai bir yetki olarak gördüğü ve ivedilik koşulunu karşılamayan YGK'ların kaynağı konumundaki Anayasa'nın 112'inci maddesine aykırı olacağı görüşündedir. Ayrıca, mahkeme ivedilik unsuru ile yasama ile yürütme arasındaki hem illiyet hem de bir bakıma hiyerarşik yapıyı koruma eğiliminde olduğunu da söyleyebiliriz. Zira yürütmenin ivedilik arz etmeyen bir ekonomik konuyu Cumhuriyet Meclisinin gündemine getirerek konuyu tartışmaya açmak yerine kolay yoldan YGK ile düzenlemesi yasama yetkisinin devri sonucunu doğuracaktır. Her ne kadar kamu yararı gözetilmesi esas olsa da kamu yararının sağlanmasına ilişkin ilk elden düzenlemelerin Mecliste yapılması esastır. *"Kamu iyiliği, çarenin birkaç ay gecikmesini, Anayasa'nın ihlal edilmesinden daha baskın kılmaktadır. Çare, hukukun içinde aranmalı, Anayasa'ya aykırı düzenlemelerden mutlak suretle kaçınılmalıdır; kamu yararı gereği bu zorunludur"*.<sup>61</sup>

KKTC Hukukunda YGK'ları konu bakımından sınırlayan bir diğer yasal düzenleme ise Anayasası'nın 112 (3)'üncü maddesinde yer alan *"yeni mali yükümlülükler getirilemez, kişisel ve siyasal hak ve özgürlükler kısıtlanamaz"* hükmüdür. Buna göre, YGK'lar ile Anayasa'nın Temel Haklar, Özgürlükler ve Ödevler başlıklı ikinci kısmında yer alan kişisel ve siyasal hak ve özgürlükler kısıtlanamaz.

#### 4.1.3. Usul ve Şekil Unsuru

KKTC Hukukunda, YGK'ların görüşülmesi ve yürürlüğe girmesinde iki aşamalı bir süreç öngörülmüştür. İlk aşamada, Bakanlar Kurulunca hazırlanan YGK'lar, Anayasa'nın 161'inci maddesinde düzenlenen *"... yasa, tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici hukuki belgeler... Resmî Gazete'de yayımlanmadıkça yürürlüğe girmez"* hükmü ile uyumlu

<sup>60</sup> Uzun süreden beri kendisini gösteren, geliyorum diye haykıran krizi, krize çözüm öngören yasal düzenlemeleri yapabilmek için Cumhuriyet Meclisine taşımayıp, Cumhuriyet Meclisinin gündeminde tutmayıp, aylar sonra "ivedilik var" diyerek yasa gücünde kararname ile geçici bir süre rafa kaldırmak Anayasa'nın 112'nci maddesi altında geçerli kabul edilemez, konu madde altında aranan ivedilik koşulu karşılanmış olamaz. Bknz. Birleştirilmiş AYM, 20 ve 21/2012D. 2/2012.

<sup>61</sup> KKTC AYM 20-21/2012 D.2/2012.



olarak Resmî Gazetede yayımlandıktan sonra yürürlüğe girmektedir. Türk Hukukundan farklı olarak, KKTC Hukukunda YGK'ların Cumhurbaşkanınca imzalanacağına dair açık bir düzenleme olmamakla birlikte, Anayasa'nın 103'üncü maddesi uyarınca, Cumhurbaşkanı tarafından imzalanan diğer düzenleyici işlem niteliğindeki tali nitelikli kararnamelerden de Başbakan ve Bakanların sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır.

#### 4.2. Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Cumhurbaşkanlığı Hükümet sisteminin en önemli özelliklerinden birisi, Türk Hukukunda düzenleyici işlemlerin yeniden yapılandırılarak değiştirilmesi ve yürütme erkini devralan Cumhurbaşkanlığı makamına, bazı alanlarda Anayasadan aldığı yetkiye dayanarak ilk elden düzenleme yetkisi verilmiş olmasıdır.<sup>62</sup> Anılan yeni düzenleme ile KHK kurumu kaldırılarak yerine CBK'lar getirilmiş, sayıları ve hukuki nitelikleri değişen düzenleyici işlemler ise olağan ve olağan üstü hal CBK'lar, yönetmelikler ve adsız düzenleyici işlemler olmak üzere yeniden düzenlenmiştir. Çalışmanın ana konusunu oluşturan olağan dönem CBK'ları ile yürütmenin başı haline gelen Cumhurbaşkanı, Meclis tarafından ayrı bir yetkilendirme veya onaya ihtiyaç duymadan, Anayasadan aldığı yetkilere dayanarak belirli konularda ilk elden düzenleme yetkisine sahip olmuştur. İlk bakışta, KHK'ların yerine getirilmiş bir düzenleme gibi görünen CBK'lar, hukuki niteliği açısından incelendiğinde, KHK'lardan farklı olarak daha geniş yetkiler getiren ve kurucu özelliğe sahip bir idari düzenleme olduğu görülmektedir. Her iki düzenleme de yürütmeye tanınmış bir yetki olmakla birlikte, KHK'lar, KKTC Hukukundaki YGK'larda olduğu gibi kanunlar ile eşdeğer konumda iken, CBK'ların normlar hiyerarşisindeki yeri doktrinde genişçe tartışılan bir konudur. Bu kapsamda, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin normlar hiyerarşisindeki yerinin tartışılması YGK'lar ile karşılaştırılması açısından önemlidir.

Avusturyalı hukukçu Kelsen tarafından geliştirilen normaler hiyerarşisi ilkesi, hukuk normlarının birbirleri arasında astlık üstlük ilişkisi

<sup>62</sup> İlk elden düzenleme yetkisi ile anlatılmak istenen TBMM tarafından verilecek ayrı bir yetki kanununa ihtiyaç duymadan düzenleme yapma yetkisine sahip olmasıdır.



olduğu savı üzerinden geliştirilmiş bir ilkedir. Alt hukuk normunun geçerli olabilmesi için üst hukuk normu ile uyumlu olması gerektiği esasını kabul eden normlar hiyerarşisi yaklaşımı, günümüzde modern hukuk dünyasının en belirgin prensiplerinden biri haline gelmiştir.<sup>63</sup>

Literatürde, konuya ilişkin olarak; CBK'ların kanunla eşdeğer olduğu, kanunların altında bir düzenleyici işlem olduğu ve CBK'ların düzenlenme alınan göre değişen bir hiyerarşik konuma sahip olduğunu savunan üç farklı görüş bulunmaktadır. Bu kapsamda, öncelikle konuyu Anayasa maddesinde yer alan ifadeler üzerinden değerlendirmek gerekirse; Cumhurbaşkanlığı kararnamesini düzenleyen 1982 Anayasası'nın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasında yer alan "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir*" ifadesi ile kanun koyucunun, "*özel hüküm genel hüküm veya eski hüküm yeni hüküm*" gibi yorumlara mahal bırakmayacak şekilde kararname ile düzenlenen alanlarda, Meclis tarafından *Asillik İlkesi* kapsamında kanunla bir düzenleme yapılması halinde kararnamenin mülga olacağını hükme bağlamıştır.<sup>64</sup> Bahse konu maddeye göre, yeni düzenleme kapsamında, Kanun-CBK arasında bir çatışma olması halinde, CBK'nın kanunla çatışan kısımları doğrudan hükmünü yitirecektir. Bu yaklaşıma göre tüm CBK'ların kanun altı düzenleyici işlem olduklarını söylememek mümkündür. Ancak, konuya ilişkin olarak Atar, yukarıda ifade edilen 104 (17)'nci maddesindeki hükme farklı yorum getirmiştir. Atar'a göre "*kanun ile kararname arasında hiyerarşi olsa idi kanun koyucu CBK ile kanunlar arasında farklı hükümler olursa kanun hükümleri uygulanır şeklindeki bir düzenlemeye ihtiyaç duymazdı.*"<sup>65</sup> İlaveten Atar CBK'ların, idare ve yargı organlarının uyulması gereken nitelikte bir düzenleme olduğuna dikkat çekmiş ve bu özelliği nedeniyle de "*kural olarak kanunlara*

<sup>63</sup> Mehmet Güneş, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetiminde Maddi İçerik Kriteri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Y. 2020, C. 11 S. 1, s. 167;

Muhammed Göçgün, *İdari İşlemin Konu Unsuru*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 165; Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitapevi*, Ankara, 2020, s.111.

<sup>64</sup> Berat Duman, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri; Hukuki Niteliği, Rejimleri, Denetimi ve Mukayeseli Hukukta Yeri". *Anadolu Hukuk Fakültesi Dergisi*. Y. 2019, C. 5, S. 2. s. 546.

<sup>65</sup> Yavuz Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı*, Y. 2019, C. 36, S. 1, s. 247.

*eşdeğer normlar*” olduklarına işaret etmiştir.<sup>66</sup> Atar’ın yaklaşımından hareketle, üst hukuk normunun diğer normlara göre üstünlüğünün korunması için ayrı bir yasal düzenleme yapılmasına gerek olmadığı görüşüne katılmakla birlikte, bunun tek başına yeterli olmadığını ve bahsi geçen tespitin tersine bir yaklaşımla da ele alınması gerektiğini değerlendirmekteyiz. Şayet CBK, kanun hükmünde bir düzenleme olsa idi bu durumda Anayasa koyucunun Anayasa’nın herhangi bir maddesinde CBK’lar için “Kanun Hükmünde” olacağına işaret etmesine de gerek olmazdı. Konuya ilişkin olarak Tunç, bu düzenlemenin CBK’ların kanunlara eş değer olmasından çok, idari işlemlerin yasalılığı ilkesinin uygulanmasının bir sonucu olduğu görüşündedir. Buna göre CBK’lar, kanunlara eşdeğer değil, Anayasa gereği kanunlar gibi hüküm ve sonuçlar doğuran, kanun altı düzenlemeler olduğunun açık bir ifadesidir.<sup>67</sup>

Ayrıca, T.C. Anayasasının 119’uncu maddesinde, “*Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104’üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur*” hükmü amir kılınmıştır. Söz konusu madde Anayasa koyucunun “*Kanun hükmündeki bu kararnameler*” ifadesine yer vermesi, normal CBK’ların kanun altı düzenlemeler olduğu anlayışını destekler niteliktedir.

Aynı doğrultuda Gözler ve Gürsel’de olağan dönem CBK’larını, tüzük ve yönetmelikler gibi kanunun altında yer alan düzenleyici işlemler olarak nitelendirmiştir.<sup>68</sup> Benzer bir yaklaşımla Yıldırım, CBK’ların, Kanun Hükmünde Kararnamelerden farklı olduğunu, Anayasa’da CBK ile kanunların kaldırılmasına imkân tanıyan herhangi bir düzenleme olmadığını ancak, 17’nci fıkrada yer alan ifade kapsamında CBK’ların kanun ile kaldırılabilceğini belirtmiş ve bu nedenle CBK’ların kanunlar ile eşit seviyede bir düzenleme olarak kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> Atar Yavuz, ss. 242-243.

<sup>67</sup> Hasan Tunç, Türk Anayasa Hukuku Ders Kitabı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, ss. 260-261.

<sup>68</sup> Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, s. 385.

<sup>69</sup> Turan Yıldırım, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2019, C. 36, S. 1, ss. 293-294.

Anılan hususa farklı bir yaklaşım getiren Tunç'a göre ise, CBK'ların normlar hiyerarşisindeki yerinin tespitinde, CBK'ların tümüyle aynı kapsamda değerlendirilmesinden ziyade, hukuki niteliklerine göre ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Bu kapsamda, Tunç CBK'ları iki kategoriye ayırmış ve Cumhurbaşkanına ilk elden düzenleme yetkisi tanınan alanlardaki CBK'lar ile Kamu tüzel kişiliklerinin kurulmasında olduğu gibi hem kanunla hem de CBK ile düzenlenebilecek alanlardaki CBK'ları *kanun benzeri* düzenleyici işlem olarak nitelendirmiştir. Tümüyle kanunla aynı güce sahip olmamalarının temel sebebinin ise, kanunların kurucu ve feshedici özelliğe sahip olmalarına karşın CBK'ların yalnız kurucu özelliğinin olduğunu belirtmiştir.<sup>70</sup> Diğer taraftan, ilk elden düzenlenmesi ön görülmeyen tali nitelikteki CBK'ları ise, kanun altı normlar olarak tanımlamıştır.<sup>71</sup> Bu bağlamda, CBK'ların mevcut düzenleme alanları dikkate alındığında, asli nitelikli ve kurucu özelliğe sahip olanlar ile bireysel işlem niteliğindeki CBK'ların tek bir kategoride değerlendirilmesinin doğru olmadığını ve normlar hiyerarşisindeki konumlarının belirlenmesinde bahse konu ayırımın dikkate alınmasının daha doğru bir yaklaşım olacağını değerlendirmekteyiz.

#### 4.2.1. CBK'ların Unsurları Bakımından İncelenmesi

##### 4.2.1.1. Yetki Unsuru

CBK, Cumhurbaşkanına tanınmış bir yetki olmakla birlikte söz konusu yetkinin kaynağı doğrudan Anayasadır. Bu özelliği ile KKTC Hukukundaki YGK'lar ile benzerlik gösteren CBK yetkisi, *Secundum Legem* özelliği ile yürütmenin "*Münhasır Yetki*" alanı içerisindedir.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> CBK'lardan; Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (Madde 106), Devlet Denetleme Kurulu'nun İşleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (m. 108), Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin teşkilatı ve görevler (m. 118), Üst kademede kamu görevlilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar (m. 104) konularında çıkarılan kararname, kanun benzeri bir hukuki niteliğe sahiptir. Bknz. Hasan Tunç, s. 259.

<sup>71</sup> Hasan Tunç, s. 253.

<sup>72</sup> TDK kelime anlamı olarak Münhasır; bir kimse ya da bir şey için ayrılmış, mahsus anlamı taşımaktadır; Berat Duman, s. 549.; Anayasa Hukukunda ise, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine İlişkin Mahfuz Yetki deyiminden anlatılmak istenenin, bir alanın müstakilen ve münhasıran, Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan kaynağını Anayasa'dan alan bir meşruiyet ile herhangi bir organdan yetki, onay icazet almadan sadece Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmesidir" olarak tanımlamıştır. Hasan Tunç, s. 253.

#### 4.2.1.2. Konu Unsuru

1982 Anayasası'nda çok sınırlı düzenleme alanı olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 2017 yılındaki 6771 sayılı değişiklik kanunu ile kapsamı genişletilmiş ve Anayasa'nın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasında, Cumhurbaşkanlığı'nın yürütmeye ilişkin konularla sınırlı olmak kaydıyla CBK çıkarılabileceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu Anayasa değişikliği incelendiğinde Cumhurbaşkanlığı'na, yürütmeye ilişkin 4 (Dört) konuda ilk elden düzenleme yetkisi verildiği görülmektedir.<sup>73</sup> Buna göre; *"Anayasa'nın 104'üncü maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106'ıncı maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108'inci maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118'inci maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK'larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır."*<sup>74</sup> Literatürde, Yürütme yetkisine ilişkin olduğu hususunda kuşku olmayan söz konusu konuların ilk elden CBK ile düzenlemesinin yarattığı hukuki duruma ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlara kısaca değinmek gerekirse, Anayasa koyucunun yukarıda belirtilen konularda CBK ile düzenleme yapılabilecek olmasını CBK'ların mahfuz düzenleme alanı olduğu izlenimi yarattığı savunulmaktadır.<sup>75</sup> Diğer taraftan, Anayasa değişikliği ile yukarıda belirtilen dört konu haricinde, Anayasa'nın 123'üncü maddesi kapsamında kamu tüzel kişiliklerin hem Kanun hem de CBK ile kurulabilmesi, CBK ile Kanuna ayrı bir münhasır alan oluşturduğuna işaret olarak da yorumlanmaktadır.<sup>76</sup> Öte yandan, T.C. Anayasası'nın 7'nci maddesinde *yasama*

<sup>73</sup> AYM, aslı kavramını kullanmaksızın CBK çıkarma yetkisini "...belirli konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisi..." olarak tanımlamıştır. T.C. AYM 22/1/2020, E. 2019/31, K. 2020/5; Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, (2019). s. 392.

<sup>74</sup> T.C. AYM, E.2018/124, K.2020/56, 15/10/2020

<sup>75</sup> Benzer görüşler için Bknz. Berat Duman, s. 556, Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, (2019). s. 392., Taylın Barın, Cumhurbaşkanının İşlemlerinin Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi- Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı. O. Uygun & E. Esen (Yay. haz.), Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri Sorunu (s. 159-162). On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 160.; Turan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2017, C. 23, S. 2, ss.25-26.

<sup>76</sup> Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa

yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin hükümdede değişiklik olmadığı ve yine yasamanın genelliği ilkesine bir istisna getirilmediğinden anayasa koyucunun CBK'lara herhangi bir mahfuz alan tanımadığını, Yasama organının gerek görmesi halinde CBK ile düzenlenen alanlarda yasal düzenlemeye giderek CBK'ları geçersiz kılabilceği de savunulmaktadır.<sup>77</sup> Son olarak, Sezer farklı bir yaklaşımla, Anayasa koyucunun yürütmenin düzenleme alanı olarak belirlenen 4 (Dört) konuda CBK'ya "öncelikli düzenleme alanı" oluşturulmuştur. Buna göre söz konusu konularda sadece CBK çıkarılabilir yerine önce CBK çıkarılabilir yaklaşımı öne çıkmaktadır. Bu görüşe göre, yasama organının bahse konu alanlarda CBK çıkmadan düzenleme yapması mümkün değildir. Ancak, düzenleme yapıldıktan sonra yasama organının ayrı bir kanuni düzenlemeye gitmesi önünde herhangi bir engel yoktur.<sup>78</sup>

Kanaatimizce, her ne kadar yukarıda bahsi geçen konuların ilk elden CBK ile düzenleneceği öngörülmüş olsa da bu alanlarda kanunla ayrı bir düzenleme yapılamayacağına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı doğrultuda, 1982 Anayasası'nın yasama yetkisini düzenleyen 7'nci maddesi ile TBMM'nin genel olarak görev ve yetkilerini düzenleyen 87'nci maddesindeki hükümlerde de bu hususa ilişkin ayrı bir düzenleme veya sınırlama yoktur. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 104 (17)'nci fıkrasının dördüncü cümlesinde yer alan kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK ile düzenleme yapılamayacağına ilişkin kurala ilişkin, "Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) Anayasa'nın 87. maddesinde düzenlenen kanun koyma yetkisi kapsamında kanun adı altında yaptığı düzenlemelerin bu kapsamda olduğunda kuşku bulunmamaktadır" yorumunda bulunmuştur.<sup>79</sup> Ayrıca aynı kararında mahkeme, kaldırılan 91'inci madde kapsamında KHK ile daha önce düzenlenen konularda da CBK çıkarılamayacağını belirtmiştir.

Cumhurbaşkanına konu bakımından CBK çıkarma yetkisi tanıyan bir diğer alan ise kamu tüzel kişiliklerinin kurulması konusudur. Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan "kamu tüzel kişiliklerinin

Hukuku), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018. S. 563-564.; Taylın Barın, s. 160.;  
<sup>77</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Hukuku, Yetkin yayınları, Ankara, 2020. s.687.  
 Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 438.

<sup>78</sup> Abdullah Sezer, "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)", *Anayasa Yargısı*, Y. 2019, C. 36, S. 1, ss. 376-378.

<sup>79</sup> T.C. AYM, 12.06.2020, 105/30.

*kanunla veya CBK'lar ile kurulur*" ifadesi ile yasa koyucu kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulmasına imkân tanımıştır. Kanunla düzenlenmiş bir alanın CBK ile düzenlenemeyeceği hükmü dikkate alındığında, söz konusu düzenlemenin CBK'nın hiyerarşik konumunu yükselttiğini söylemek yanlış olmayacaktır. "Yarışan Alan" olarak ta nitelendirilen Kamu tüzel kişiliğinin kuruluşunda,<sup>80</sup> genel görüş söz konusu alanda kanun çıkarılmamış olması halinde CBK yetkisinin kullanılması yönündedir.<sup>81</sup>

Diğer taraftan, CBK'ların konu bakımından incelenmesinde değeri gereken bir diğer husus ise, CBK'ların sınırlarıdır. Anayasanın 104 (17)'nci maddesinde hangi konuların CBK ile düzenlenemeyeceği açık hükme bağlanmıştır. Buna kapsamda, Cumhurbaşkanının sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda düzenlenebilecek olması, CBK yetkisinin ilk sınırını oluşturmaktadır. Yani yeni sistemle birlikte yürütme erkinin başı konumuna gelen Cumhurbaşkanı, yürütmenin görev alanına girmeyen konularda CBK ile düzenleme yapamaz. İlaveten, anılan fıkranın ikinci cümlesinde "*Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler*" ilgili konularda da CBK ile düzenleme yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Negatif statü haklar olarak ta anılan bahse konu haklar üzerinde idarenin yapacağı her düzenlemenin bir *sınırlama niteliğinde olacağı kabul edilmektedir*. Diğer taraftan, Anayasa'nın 3'üncü bölümünde yer alan, ekonomik siyasi haklar konusunda Cumhurbaşkanının CBK'lar ile düzenleme yapması mümkün olmakla birlikte, hakları sınırlama yönünde irade kullanması mümkün değildir. Pozitif statü hakkı niteliğindeki söz konusu

<sup>80</sup> Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, (2019). s. 394

<sup>81</sup> "T.C. Anayasası'nın 104 (17)'nci maddesinin üçüncü cümlesinde de Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa'da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir". T.C. AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28.12.2017, § 57; E.2016/180, K.2018/4, 18.1.2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29.1.2017, § 13; E.2016/139, K.2016/188, 14.12.2016, § 9; E.2013/47, K.2013/72, 6.6.2013, Yine 104 (17)'nci fıkranın dördüncü cümlesinde ise, kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılmayacağı ifade edilmiştir. Anılan hükme göre Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılması için CBK'yla düzenlenecek konunun kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olması gerekir. T.C. AYM 12.06.2020, 2019/105 E. 2020/30.



alandaki Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılacak düzenleme ancak hakkı genişleten veya güçlendiren nitelikte olabilecektir.<sup>82</sup> Söz konusu sınır hem KKTC Hukuku hem de uluslararası hukuk ile uyumlu olmakla birlikte, bu kuralın istisnası Olağanüstü Dönem Kararnameleridir. Anayasa'nın Olağanüstü Hal Yönetimini düzenleyen 119'uncu maddesinde "104'üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarabilir" hükmü yer almaktadır.

CBK'ların düzenleniş alanlarına ilişkin bir diğer sınırlama ise, 17'nci fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan Anayasa'da "münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda" CBK ile düzenleme yapılamayacağı hükmüdür. Literatürde, hangi konuların kanunla düzenlenmesi gerektiği konusunda tam bir fikir birliği olmamakla birlikte, Gözler ve Gürsel'e göre, Türk Hukukunda münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir alan yoktur.<sup>83</sup> Aynı doğrultuda, 1982 Anayasası'nda da buna ilişkin özel bir hüküm olmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesi "yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir."<sup>84</sup> Bahse konu ifadeden yola çıkarak, 1982 Anayasası incelendiğinde, kanunla düzenleneceği hükme bağlanan birçok madde olduğu görülmektedir. Bu noktada Gözler ve Kaplan, anılan maddelerde "kanunla düzenlenir" ifadesi yer aldığını ve "ancak" veya "yalnız kanunla düzenlenir" yazmaması nedeniyle burada münhasır alandan bahsetmenin doğru bir yaklaşım olmayacağına işaret etmiştir.

Diğer bir sınırlama ise 17'nci fıkranın son cümlesinde geçen kanunda açıkça düzenlenen alanlarda CBK ile düzenleme yapılamayacağıdır. Bu noktada yasa koyucu, hâlihazırda yürürlükte olan Anayasa ve kanunlarda düzenlenmiş bir alanda CBK ile ayrı bir düzenlemeye gidilemeyeceğine işaret ederek, aslında CBK'nın normlar hiyerarşisindeki yerine atıfta bulunduğunu değerlendirmekteyiz. Bu bağlamda, 104(17)'nci maddede, CBK ile kanun arasında çatışma yaşanması halinde, CBK'ların mülga olacağı yani hükümsüz kalacağı hükmü amirken, kanunların altında olan bir CBK ile üst hukuk normunun emredici hükümlerinin değiştirilmesi mümkün olmamalıdır.

<sup>82</sup> Hasan Tunç, s. 256.

<sup>83</sup> Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, (2019). s. 390.

<sup>84</sup> T.C. AYM, E.2018/124, K.2020/56, 15/10/2020



#### 4.2.1.3. Usul Unsuru

Anayasa'nın 104(19)'uncu maddesi kapsamında CBK'lar usul bakımından Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmasını müteakip Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmektedir.

#### Olağan Dönem Kararnamelerinin Denetimi

Hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden biri olan güçler ayrılığı ilkesi, devlet yönetiminde denge ve denetim sisteminin beraberinde işleminin sağlayan önemli bir yapıdır. Söz konusu sistemde, idarenin faaliyetleri iki aşamalı olarak denetlenmektedir. İlk denetim mekanizması, Meclis tarafından yapılan siyasi denetim, ikincisi ise bağımsız mahkemelerce yürütülen yargısal denetimdir.

#### 4.3. YGK'ların Siyasal Denetimi

KKTC Hukukunda YGK'ların siyasal denetimi iki aşamada gerçekleşmektedir. İlk aşamada, Bakanlar Kurulu YGK'yı yürürlüğe girdiği aynı gün gerekçeli olarak Meclise sunmaktadır. İkinci aşamada ise Meclise sunulan YGK, KKTC Meclis iç tüzüğü'nün yasaların görüşülmesine ilişkin öngördüğü kurallara uygun olarak, komite ve genel kurulda görüşülerek 90 gün içerisinde karara bağlanmaktadır. Söz konusu Anayasal düzenlemeler dikkate alındığında, KKTC Hukukunda Bakanlar Kurulunun sahip olduğu asli nitelikli kararname yetkisinin Meclis denetimine tabi olduğu görülmektedir.

KKTC hukukunda YGK'ların Meclis tarafından görüşülmesine ilişkin olarak, konuya ivedilik kazandırmak maksadıyla, görüşmelere süre sınırlaması getirilmiştir. Bu kapsamda, YGK'ların görüşülme süreci incelendiğinde; Meclis iç tüzüğü'nün 38 (2)'nci maddesi uyarınca komiteler, ivedilik kapsamındaki YGK'ları, 80 gün içerisinde görüşerek genel kurula göndermek zorundadır. Tüzüğü'nün 43 (B) (2)'nci maddesi uyarınca ise 80 gün içerisinde komitede görüşülüp karara bağlanamayan YGK'lar, 90 günlük süre sınırlaması nedeniyle 10 gün içerisinde görüşülüp karara bağlanmak üzere genel kurula havale edilir. Komitelerde görüşülen YGK'lar, İç tüzüğü'nün 29 (1)'inci maddesi uyarınca aynen veya değiştirilerek kabul edilebilir veya reddedilebilir. Meclise sunulan YGK'ların görüşülme sürecindeki hukuki niteliğine ilişkin olarak ise Anayasa Mahkemesi bir kararında, YGK'ların Genel

Kurulda görüşülüp kaldırılincaya veya değiştirilinceye kadar yürürlükte kalmaya devam edeceğine işaret etmiştir.<sup>85</sup>

Diğer taraftan, KKTC Hukukunda, YGK'lar yürürlüğe girdikten sonra onama işleminin hiç yapılmaması halinde söz konusu idari işlemin geçersiz kalacağı veya yürürlüğünün durdurulacağına dair herhangi bir açık hüküm de bulunmamaktadır. Konuya ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi bir kararında, "Anayasa'nın bu kuralından İçtüzük hükümlerine Yasama Meclislerince uyulmamış veya bu hükümlerin yanlış, eksik uygulanmış olmasının olayla ilgili kanunu kesin olarak Anayasa'ya aykırı duruma getireceği anlamı çıkarılamaz" olduğuna işaret etmiştir.<sup>86</sup>

#### 4.4. Olağan Dönem CBK'ların Siyasal Denetimi

CBK'ların yürürlüğe girişleri YGK'lar ile aynı olmakla birlikte, temel fark Cumhurbaşkanının CBK'lar için ayrıca bir Meclis onayına ihtiyaç duymamasıdır. Bu bağlamda, Türk Hukukunda CBK'ların siyasi denetimi yeni sistemle birlikte değişmiştir. Akçay'a göre, TBMM, idarenin işlem ve eylemleri üzerine, ki buna CBK'lar da dahildir, yerinde denetimi yapabilmektedir.<sup>87</sup> Bu denetimin kaynağı ise doğrudan yasama organın en önemli enstrümanı olan yasama yetkisidir. Cumhurbaşkanı, münhasıran yetkili olduğu alanlarda ilk elden düzenleme yetkisine sahip olsa da Anayasa koyucunun anılan münhasır alanlarda kanunla düzenleme yapılamayacağına dair bir sınırlamaya gitmediği görülmektedir. Bunun temel sebebi ise, yasamanın asliliği ve genelliği ilkeleridir. Yasamanın genelliği ilkesi kapsamında, Meclis Anayasa'ya aykırı olmamak kaydı ile her alanda yasal düzenleme yapma yetkisine sahip olmakla birlikte söz konusu "ilke Anayasa değişikliğinden sonra da geçerliliğini sürdürmektedir".<sup>88</sup> Bu esaslar dahilinde, Meclisin idarenin münhasırdan düzenlenebileceği öngörülen alanlar da dahil olmak üzere, CBK ile yaptığı düzenlemeleri, yerinde bulmaması halinde, o alanda yasal düzenlemeye giderek CBK'yı hükümsüz kılabilme yetkisi bulunmaktadır.

<sup>85</sup> KKTC AYM, 6/81, D. 14/81.

<sup>86</sup> KKTC AYM, 6/81, D. 14/81.

<sup>87</sup> Erkan Akçay, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Siyasal Denetim: İdarenin TBMM Tarafından Denetlenmesi", *Ombudsman Akademik*, Y. 2017, C. 3, S. 5, s.53.

<sup>88</sup> T.C: AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12.06.2020, Karşı Oy kısmı.

#### 4.5. Yargısal Denetim

Yargı organının idarenin faaliyetleri üzerindeki denetim yetkisi hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarındandır.<sup>89</sup>

##### 4.5.1. KKTC Yargı Sistemi

KKTC hukukunda YGK'lerin yargısal denetiminden bahsetmeden önce, KKTC yargı örgütü ve teşkilatının anlatılması, Türk hukuku ile karşılaştırmalı inceleme açısından yerinde olacaktır. KKTC Hukukunda yargı örgütü; Alt Mahkemeler, Yüksek Mahkeme ve Askeri Yargı olmak üzere 3 farklı yargı kolundan oluşmaktadır. KKTC Hukukunda, yargı sisteminin genel işleyişi, Anayasa'nın 141'inci maddesi uyarınca Yüksek Adliye Kurulu tarafından düzenlenmektedir. Oluşumu KKTC Anayasası tarafından düzenlenen Yüksek Adliye Kurulu, Türkiye Cumhuriyetindeki Hakimler Savcılar Kurulu ile benzer görevleri yürüten bir kurumdur.<sup>90</sup> Anayasa'nın 141 (1)'inci maddesi uyarınca Kurulun; Yüksek Mahkeme Başkanı ile Yüksek Mahkemenin yedi üyesi, Cumhurbaşkanı ve Cumhuriyet Meclisince atanan birer üye, Başsavcı ve Barolar Birliği tarafından atanan bir üye olmak üzere toplam 12 üyesi bulunmaktadır. Kurulun görevleri anılan maddenin 3'üncü fıkrada belirtildiği üzere, *"Yargının düzenli çalışması, yargıçların ve mahkemelere bağlı kamu görevlilerinin görevlerine devamları, işlerin verimli bir biçimde yürütülmesi, yargıçların yetişmeleri ve mesleğin vakar ve onurunu korumaları yönünde gerekli önlemleri almaktır"*. Yüksek Adliye Kurulunun bir diğer önemli görevi ise; yargı teşkilatında var olan sorunlar ve yargılamalara ilişkin aksaklıklar hakkında Cumhurbaşkanı ve Cumhuriyet Meclisine rapor vermektir.<sup>91</sup>

<sup>89</sup> Mehmet Köksal, Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı; Türk Yargı Örgütü-KKTC Yargı Teşkilatı Özeti- Şemalar-Örnek Sorular, Legal, İstanbul, 2018, s. 18.

<sup>90</sup> Turgut Turhan, "Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi", (Turkish Legal System Through Historical Perspective), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. 57, S. 2, s. 276.

<sup>91</sup> Yüksek Adliye Kurulu;  
(3) (a) Yargının genel işleyişi, düzenli çalışması, yargıçların ve mahkemelere bağlı kamu görevlilerinin görevlerine devamları, işlerin verimli bir biçimde yürütülmesi, yargıçların yetişmeleri ve mesleğin vakar ve onurunu korumaları yönünde gerekli önlemleri alır; ve  
(3) (b) Her takvim yılı sonunda yargı işlerinin durumu ve bunların yürütülmesinde aksaklık veya varsa nedenleri hakkında Cumhurbaşkanı, Cumhuriyet Meclisine ve Bakanlar Kuruluna rapor verir ve alınmasını gerekli gördüğü önlemler hakkında tavsiyelerde bulunur.

KKTC Anayasası incelendiğinde, yargı teşkilatının sivil ve askeri yargı olmak üzere iki ayrı düzende kurgulandığı görülmektedir. Sivil yargı kendi içerisinde Alt Mahkemeler ve Yüksek Mahkeme olmak üzere iki aşamalı bir yapıya sahiptir. Anayasa'nın 155 (1)'inci maddesine göre alt mahkemelerin görev alanı, *Yüksek Mahkeme tarafından kullanılan yargı yetkisi dışındaki yargı yetkisi* olarak tanımlanmış ve hangi mahkemelerin alt mahkeme olarak görev yapacağına ayrıca kanunla (2'nci fıkra) belirleneceği hükme bağlanmıştır. KKTC Hukukunda alt mahkemeler "1976 Mahkemeler Yasası" ile düzenlenmiş olup, bahse konu yasanın alt mahkemeler başlığı altında mahkemeler; Kaza Mahkemeleri, Ağır ceza mahkemeleri ve aile mahkemeleri olmak üzere 3'e ayrılmıştır.<sup>92</sup> Kaza mahkemeleri ise kendi içerisinde hukuk işleri ve ceza işleri olarak ikiye ayrılmıştır ve söz konusu mahkemeler tek yargıçlıdır. Diğer taraftan ağır ceza mahkemesi ise 3 yargıçlı olarak görev yapmaktadır. İlaveten, kişi ve aile hukuku davalarına bakmakla görevli olan aile mahkemeleri de tek yargıçlı görev yapan bir alt mahkeme statüsündedir.<sup>93</sup> İlk derece mahkeme olarak görev yapan alt mahkemelerde verilen hükümlere karşı istinaf yolu Yüksek Mahkemenin Yargıtay olarak görev yapan birimidir.<sup>94</sup>

(4) Bu Anayasa'nın 138'inci madde kuralları saklı kalmak koşuluyla, yargıçların atanmaları, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin veya görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, görevlerine son verilmesi ve disiplin konuları hakkında karar verme yetkisi Yüksek Adliye Kurulundadır.

(5) Yüksek Adliye Kurulunun görev, yetki ve çalışma usulleri yasa ile düzenlenir.

(6) Yüksek Mahkeme Başkan ve yargıçlarının atanmaları Cumhurbaşkanı tarafından onaylanır.

<sup>92</sup> Fazıl Sağlam, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Dersleri, Yakın-doğu Üniversitesi Matbaası, Lefkoşa, 2016 s. 223.

<sup>93</sup> "Aile Mahkemeleri ise Kıbrıs Türk Hukuk sisteminin tarihi gelişimine uygun düzenlenmiş bir yargı birimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira aile hukukuna ilişkin meseleler, İngiliz döneminden beri genel mahkemelerin yetkisi dışına çıkarılmışlar ve Müslümanlar ile gayrimüslimlerin aile hukuku ve kişinin hukuku meseleleri farklı mahkemelerde görülmüştür. Kaldı ki, Kıbrıs Hukuk sistemi içinde bir Medeni Kanun da yoktur. Nişanlanma, evlenme, boşanma, velayet, vesayet, nesep, nafaka, mal rejimleri gibi aile hukukuna ilişkin konular özel bir yasa olan "Aile Yasası" nda düzenlenmiştir." Bknz. Turgut Turhan, s. 278., Mehmet Köksal, s. 224.

<sup>94</sup> Türk yargı sisteminde **İstinaf**, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların hem olay yönünden hem de hukuki yönden bir üst derece mahkeme tarafından denetlenmesi için başvuru bir mahkemedir. Temyiz yolu ise istinaf mahkemesince verilen kararların hukuki denetimini açısından inleyen üst mahkemedir. Yani Türk hukukunda mahkemelerde kanun yolu iki derecedir. Diğer taraftan KKTC yargı sisteminde kanun yolu istinaftır. İstinaf kelime anlamı olarak yeniden başlamak demektir. Üst mahkeme, alt mahkemenin görmüş olduğu davadan

Yüksek Mahkeme ise, KKTC yargı sisteminde sivil yargının ikinci ve son aşaması olarak kabul edilmektedir. Turhan'a göre bunun temel nedeni İngiliz hukuk sisteminin KKTC Hukuku üzerindeki etkisidir.<sup>95</sup> Yüksek Mahkemenin kuruluş ve görevleri Anayasa'nın 143'üncü maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre bir başkan ve yedi üyeden müteşekkil olan Yüksek Mahkemenin yürüttüğü görevler tek bir çatı altında toplanmış olmakla birlikte, görev dağılımına göre yargıç sayısının değiştiği görülmektedir.<sup>96</sup> Bu kapsamda Yüksek Mahkeme, başkan ve dört yargıç ile toplanarak Anayasa Mahkemesi görevini, Başkan ve iki yargıç ile veya sadece üç yargıç ile toplanarak Yargıtay veya Yüksek İdare Mahkemesi (YİM) görevini yerine getirmektedir. Ancak, Anayasa'nın 143 (3)'üncü maddesinin ikinci cümlesine göre, doğrudan doğruya YİM'e başvurulması öngörülen haller haricindeki idari davaları Yüksek Mahkeme tek yargıçla karara bağlamakta ve bu kararlara karşı istinaf başvuruları üç yargıçlı YİM'lere yapılmaktadır. Bahse konu maddenin 5'inci fıkrasına göre ise; "*Yüksek Mahkeme Yargıçları, her adli yılın başlangıcından önce o adli yıl için Yüksek Mahkeme tarafından belirlenmekte ve bir adli yıl için o yargıç, Yargıtay veya Yüksek İdare Mahkemesi'nde*" görev yapmaktadır.

Yüksek Mahkeme, Anayasa Mahkemesi görevini yürütürken, T.C. Anayasa Mahkemesi'nde olduğu gibi soyut ve somut norm denetimi yapmakla birlikte, iptal davaları, organlar arasındaki yetki uyuşmazlıkları, Yüce Divan Yetkisi, siyasi partilerin mali denetimi ve siyasi parti kapatma davalarına da bakmaktadır.<sup>97</sup> Yüce divan kararları dahil olmak üzere, Yüksek Mahkemenin Anayasa Mahkemesi sıfatı ile sonuçlandırdığı davalardaki kararlar nihai niteliktedir.

---

bağımsız olarak, ileri sürülen deliller dahil ortaya çıkan değişiklikleri de dikkate alarak, yargılamayı yenilemekte ve alt mahkemenin kararından bağımsız olarak karar vermektedir. Tufan Erhürman, s.640; Ayrıca, "Başkan ve iki veya üç Yüksek Mahkeme yargıcıyla "Yargıtay olarak görev yapan Yüksek Mahkeme, KKTC hukuk sistemindeki en yüksek istinaf mahkemesidir. Alt mahkemelerden verilen bütün kararların istinaf edilebilme imkânı vardır. İstinaf süresi hukuk davalarında karar tarihinden itibaren 42 gün, ceza mahkemelerinde ise kararın verildiği tarihten itibaren 10 gündür". Turgut Turhan, s. 279.

<sup>95</sup> Turgut Turhan, s. 97.

<sup>96</sup> Bezar, Eylem Ekinci, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2016, C. 65 S. 3, s. 725.

<sup>97</sup> Fazıl Sağlam, s. 226.

Yargıtay sıfatı ile yürüttüğü davalarda ise Yüksek Mahkeme, KKTC sivil yargı sistemindeki en yüksek istinaf mahkemesidir. Diğer taraftan 151 (2)'nci maddesine göre Yargıtay, *Anayasanın veya herhangi bir yasanın gösterdiği hallerde, ilk mahkeme olarak ve istinafen davalara bakmak yargı yetkisine sahiptir*. Ayrıca, Yüksek Mahkemenin, Yargıtay sıfatıyla yürüttüğü davalara ilişkin olarak, Anglosakson hukuk sistemine özgü münhasır emirname çıkarma yetkisi bulunmaktadır. Buna göre Yüksek Mahkeme, herhangi bir yetkinin kullanımını sağlamak amacıyla Habeas Corpus, Mahkemenin yanlış kararının iptali için Certioria, Mahkemenin yanlış kararının uygulanmasını önlemek için Prohibition ve bir makamın herhangi bir yetkiye dayanılarak işgal edildiğinin soruşturulmasına yönelik olarak ise Qua Waranto emirnamesini çıkarma yetkisine sahiptir.

Ayrıca *Yüksek Mahkeme*, Anayasa'nın 143'üncü maddesi kapsamında, Yüksek İdare Mahkemesi sıfatı ile idarenin işlem ve eylemlerine karşı açılan davalara bakmaktadır. Anayasa'nın 152 (1)'inci maddesine göre YİM;

*“Yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin bir kararının, işleminin veya ihmalinin, bu Anayasanın veya herhangi bir yasanın veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuatın kullarlarına aykırı olduğu veya bunların söz konusu organ veya makam veya kişiye verilen yetkiyi aşmak veya kötüye kullanmak suretiyle yapıldığı şikâyeti ile kendisine yapılan başvuru hakkında, kesin karar vermek münhasır yargı yetkisine sahiptir”.*

KKTC Hukukunda yer alan diğer bir yargı kolu ise Askeri Mahkeme ve Askeri Yargıtay'dır. KKTC Hukukunda Askeri Yargı, Anayasa'nın 156 ve 157'nci maddeleri ve 29/83 sayılı Askeri Suç ve Cezalar Yasası kapsamında düzenlenmiştir. Buna göre Askeri Yargıtay, bir başkan ve bir yedek başkan ile Yüksek Adliye Kurulu tarafından Yüksek Mahkeme Yargıçları arasından görevlendirilen 2 yargıçtan teşkil olunur. Anayasanın 156 (2)'nci maddesi kapsamında askeri mahkemeler; *asker kişilerin askerlik ile ilgili suçları, Silahlı Kuvvetlerde görevli olmayan kişilerin özel yasada belirtilen askeri suçları ile yasada gösterilen görevlerini yaptıkları sırada veya yasada gösterilen Silahlı Kuvvetlere ait yerlerde Silahlı Kuvvetlerdeki görevlilere karşı işledikleri suçlara bakmakla görevlidir*. KKTC'de askeri idare mahkeme olmaması hasebiyle, askeri



mahallerdeki asker kişilerin idari suçlarına ilişkin Güv.K.K.lığı Disiplin Kabahatleri Kanunu kapsamında verilen cezalara karşı itiraz yolu YİM'dir.

#### 4.5.2. YGK'ların Yargısal Denetimi

KKTC mevzuatında YGK'lara karşı izlenecek kanun yolu Anayasa'nın 147'nci maddesinde düzenlenmiştir.<sup>98</sup> Bu kapsamda, Anayasa'nın 112'nci maddesi ile olağan dönemlerde Bakanlar Kurulunun yetkisinde çıkarılan Yasa Gücünde Kararnamelerinin Anayasanın herhangi bir kuralına aykırı veya ona uygun olmaması halinde, söz konusu hukuki işlem Anayasa Mahkemesinde iptal davasına konu edilebilmektedir.

Bakanlar Kurulu tarafından YGK'lar ile Anayasa'ya aykırı bir düzenleme yapılması halinde, YGK'ların Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak doksan gün içerisinde Anayasaya aykırılık sebebiyle iptal davası açabilir.<sup>99</sup> Türk Hukukunda olduğu gibi, KKTC Hukukunda da Anayasaya uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesi'nin münhasır yetkisindedir. Bu kapsamda, idarenin işlem, eylem ve ihmallerinin genel kural olarak idari yargının kapsamında olması hususunun istisnası olan Kararnameler, temelde idarenin düzenleyici işlemleri olmasına rağmen, yargısal denetimleri doğrudan Anayasa Mahkemesi'nin münhasır yetkisinde olmaları yönüyle diğer düzenleyici işlemlerden ayrılırlar.

Öte taraftan, Anayasanın 147 (1)'inci maddesinde açıkça sayıldığı üzere, iptal davası açma yetkisi yalnız, "*Cumhurbaşkanı, Cumhuriyet Meclisinde temsil edilen siyasal partiler, siyasal gruplar ve en az dokuz mil-*

<sup>98</sup> 147'nci madde; (1) Cumhurbaşkanı, Cumhuriyet Meclisinde temsil edilen siyasal partiler, siyasal gruplar ve en az dokuz milletvekili veya kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda diğer kurum, kuruluş veya sendikalar bir yasanın, kararnamenin, tüzüğün, Cumhuriyet Meclisi İçtüzüğü'nün, Cumhuriyet Meclisi kararının, yönetmeliğin veya bunların herhangi bir kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırı veya ona uygun olmadığı gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilirler.

(2) Anayasa Mahkemesi'nde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı iptali istenen yasanın, kararnamenin, tüzüğün, Cumhuriyet Meclisi İçtüzüğü'nün, Cumhuriyet Meclisi kararının, yönetmeliğin veya bunların herhangi bir kuralının Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak doksan gün sonra düşer.

<sup>99</sup> Mehmet Zaim Necatigil, s. 128-129.



*letvekilî veya kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda diğer kurum, kuruluş veya sendikalara*” verilmiş olup, “Actio Popularis” davalardan olmaması nedeniyle bireylerin başvuru yetkisi bulunmamaktadır. Bunun temel nedeni ise Anayasa Mahkemesi’nde açılan iptal davasında, özel hukuk veya idari yargıda olduğu gibi meşru menfaat söz konusu olmamasıdır.<sup>100</sup> Zira iptal davasının amacı, kanuni idare ilkesi kapsamında, idarenin kanuna aykırı işlem yapması halinde söz konusu işlemi hükümsüz kılarak, idarenin hukuka bağlı kalmasını temin etmek ve kamu menfaatini sağlamaktır.<sup>101</sup>

### 4.5.3. CBK’ların Yargısal Denetimi

CBK’lar şekli anlamda yürütmeye tanınmış idari bir işlem olmasına rağmen, Anayasa’nın 148’inci maddesinde yapılan son değişiklikle Anayasa Mahkemesi denetim alanına alınmıştır. Buna göre, CBK’ların Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle iptal ve itiraz yolu doğrudan Anayasa Mahkemesi’dir. CBK’lar hakkında, esas ve şekil bakımından yargısal denetim yapılması maksadıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yetkisi ise, Cumhurbaşkanı, TBMM’de en fazla üyeye sahip iki parti grubu ve Meclisin üye tam sayısının beşte birinden oluşan milletvekillerine tanınmıştır. Söz konusu başvurunun CBK’nın Resmî Gazetede yayımlanmasını takip eden 60 gün içerisinde yapılması yasa gereğidir.<sup>102</sup>

İdari işlem olduğu konusunda herhangi bir şüphe olmayan CBK’ların esas bakımdan denetiminin KHK’larda olduğu gibi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması, Mahkemenin denetim alanını genişlettiğini söylemek mümkündür. KHK’ler yalnız Anayasallık denetimine tabi iken, CBK’lar *Anayasallık* denetiminin yanında *yasallık* denetimine de tabi tutulmaktadır.<sup>103</sup> Buna göre Anayasa Mahkemesi, CBK’ların 17’nci fıkrada belirtilen esaslara uyup uymadığını denetlemenin yanı sıra, düzenlediği alanın kanunla düzenlenip düzenlenmediğini, düzenlenmiş ise kanuna uygunluğunu esastan inceleyecektir.

<sup>100</sup> Tufan Erhürman, Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanları, Işık Kitabevi, Lefkoşa, 2013, s. 207.

<sup>101</sup> Tufan Erhürman, s.156.

<sup>102</sup> Hasan Tunç, s. 262.

<sup>103</sup> Lokman Yeniay/Güliden Yeniay, “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Yargısı*, Y, 2019, C. 36, S. 1, s. 133.

Anayasa Mahkemesi, Savunma Sanayi Başkanlığı'nın Yurt Dışı ve Taşra teşkilatlarının CBK ile kurulmasına ilişkin davada, CBK'nın itiraza konu olan maddesine ilişkin kararında, konuyla ilgili kanunla yapılmış bir düzenleme olmadığını ifade etmesi, Mahkemenin *anayasallık* denetiminin yanında CBK ile düzenlenen konuda kanun ile düzenleme yapıp yapılmadığının denetimini de yaptığını göstermektedir.<sup>104</sup>

Diğer taraftan, yasallık denetimi hususuna ilişkin literatürde genel kanı, Anayasa Mahkemesi'nin CBK'lar hakkında "*yasallık denetimi gibi bir inceleme yöntemi benimseyemeyeceği*" yönündedir.<sup>105</sup> Bu bağlamda, Yeniay'a göre, Anayasa ile uyuşan bir CBK'nın yasalar ile uyumsuz olduğu yönündeki bir iddia ile Anayasa Mahkemesine iptal davası açılması mümkün değildir.<sup>106</sup> Benzer bir yaklaşıma sahip olan Aslan'a göre de kaynağı doğrudan Anayasa olan bir CBK'nın, yasallık denetimine tabi tutulması, normlar hiyerarşisi açısından uygun değildir.<sup>107</sup> Diğer taraftan, Azaklı, CBK'ya ilişkin Anayasa Mahkemesine açılan bir iptal davasında Mahkemenin, yalnızca aykırılığı iddia edilen hükmü incelemekle yetinmesi gerektiğini belirtmiş ve bunun ilerisinde yapılacak denetim yetkisinin Danıştay'da olması gerektiğine işaret etmiştir.<sup>108</sup>

Öte yandan, CBK'ların şekil unsuru açısından Anayasa Mahkemesince denetlenmesi konusu da ayrıca bir tartışma konusudur. Anayasanın 148'inci maddesinde, CBK'ların şekil bakımında denetleneceği esasa bağlanmış olmakla birlikte, anılan maddenin ikinci fıkrasında, kanunların yürürlüğe konulmasına ilişkin gözetilecek şekil kuralları detaylı olarak düzenlenirken, CBK'ların şekil olarak denetim esaslarına ilişkin düzenleme yapılmamıştır. Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesi'nin CBK'ya ilişkin şekil bakımından denetiminin, Cumhurbaşkanlığı tarafından imzalanması ve Resmî gazetede yayımlanması ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir.<sup>109</sup>

<sup>104</sup> Mahkeme kararında; "Başkanlığın yurt dışı teşkilatının kurulmasına yönelik olarak yürürlükte olan herhangi bir kanuni düzenleme saptanmamıştır. Bu itibarla kural, kanunda açıkça düzenlenen konulara ilişkin değildir" ifadesiyle CBK'ların yasallık olarak ta denetlendiğine işaret etmiştir. AYM, E.2018/124, K.2020/56, 15.10.2020, par. 22.

<sup>105</sup> Murat Azaklı, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi" *Anayasa Yargısı*, Y. 2019, C. 36, S.1, s.85.

<sup>106</sup> Lokman Yeniay/Güliden Yeniay, s.134.

<sup>107</sup> Volkan Aslan, s.152.

<sup>108</sup> Murat Azaklı, s. 85; Kemal Gözler/ Gürsel Kaplan, (2019), s. 396.

<sup>109</sup> Berat Duman, s. 571.

## 5. SONUÇ

Anayasaya dayanılarak çıkarılan kararnameleler, düzenlenişleri itibariyle asli nitelikli idari işlemlerdir. Bu kapsamda, Türk Hukukunda çalışmanın konusunu oluşturan asli nitelikli kararnameleler; Anayasa'nın 104 (17), 104 (9), 106 (11), 108 ve 118'inci maddelerinde *düzenlenmiş olmakla birlikte*, KKTC Hukukunda asli nitelikteki tek kararname Anayasa'nın 112'nci maddesinde düzenlenmiştir.

*Öncelikle kararnameleler dayandığı kaynak yönünden incelendiğinde*, her iki hukuk sisteminde de idarenin söz konusu kararname düzenleme yetkisini doğrudan Anayasadan aldığı görülmektedir. Aynı benzerliğin Kararname yetkisinin kullanım esaslarında da mevcuttur. Her iki hukuk sisteminde de idare kararname yetkisini, ayrı bir yetki kanununa ihtiyaç duymadan doğrudan kendi iradesi ile kullanabilmektedir. Ancak KKTC Hukukuna göre yürütmenin çıkarmış olduğu YGK'ları derhal gerekçesi ile birlikte Meclise sunmak zorunda olması CBK ile YGK'ların *düzenleniş bakımından ayrıştığı* noktadır.

İlaveten, CBK ile YGK arasındaki en önemli farkın konu unsurunda olduğu görülmektedir. KKTC Hukukunda YGK'ların *düzenleniş yalnız iovedilik bulunması şartıyla* ekonomik konularla sınırlanmıştır. Öte yandan CBK'lar konu unsuru açısından incelendiğinde, Anayasa Koyucunun idareye geniş bir alanda *düzenleme yetkisi verdiği* görülmektedir. Buna ek olarak, 1982 Anayasası yürütmeye bazı alanlarda ilk elden *düzenleme yetkisi* tanırken, KKTC Anayasası'nda yürütmenin böyle bir düzenleme alanı *söz konusu değildir*.

Bahse konu kararnamelelerin ayrıştığı bir diğer nokta ise, Normlar hiyerarşisindeki konumlarıdır. Hukuki nitelikleri açısından incelendiğinde, YGK'ların adından da anlaşılacağı üzere doğrudan kanunla eşdeğer bir idari düzenleme olduğu görülmektedir. Aynı durumun CBK'lar *açısından* da geçerli olduğunu söylemek pek mümkün değildir. CBK'ların normlar hiyerarşisindeki yerine dair farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı görüşler, CBK'ların ayırım yapmaksızın kanunla eş değer olduğunu savunurken bazıları ise CBK'ların normlar hiyerarşisindeki yerini incelerken kendi içerisinde ayırma tabi tutulmasının gerektiğini ve asli ve tali nitelikli kararnamelelerin farklı statülere sahip olduklarını savunmaktadır.

Diğer taraftan denetim unsuru açısından, her iki ülke hukukunda da denetim yetkisi Anayasa Mahkemesi'ndedir. Bu noktada, YGK'ların

yasa gücünde olması nedeniyle yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması doğal karşılanırken, CBK'ların kanun benzeri veya kanun altı düzenleme olmaları nedeniyle, herhangi bir ayrıma gidilmeden, Anayasa Mahkemesi'nce denetleniyor olması tartışılan bir husustur.

*Öte yandan, Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açma yetkisi KKTC hukukuna göre daha sınırlı olduğunu görmekteyiz. T.C. Anayasası'nın 150'inci maddesine göre "Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir". Bu nedenle, yetkisi olmayan kurum, kuruluş, dernek vb. sivil toplum örgütlerin iptal davası açamaması, yönetilenlerin CBK'lara karşı itiraz yollarını doğrudan kapatmıştır. KKTC Anayasa'nın 147 (1)'inci maddesine göre, iptal davası açma yetkisi "Cumhurbaşkanı, Cumhuriyet Meclisinde temsil edilen siyasal partiler, siyasal gruplar ve en az dokuz milletekili veya kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda diğer kurum, kuruluş veya sendikalar" dadır. İptal davasına ilişkin yetkinin geniş tutulması, yasama ve yürütme erklerinin hesap verilebilirliğinin artırılması ve hukukun üstünlüğü'nün sağlanması açısından son derece önemli olduğunu değerlendirmekteyiz.*

## Kaynakça

### Kitaplar

- Balta Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968-1972.
- Barın Taylın, Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi- Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı. O. Uygun & E. Esen (Yay. haz.), Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri Sorunu (s. 159-162). On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Eren Abdurrahman, Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- Göçgün Muhammed, İdari İşlemin Konu Unsuru. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Erhürman Tufan, İdari Yargılama Hukuku; Türk ve İngiliz Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Işık Kitabevi, Lefkoşa, 2012.
- Erhürman Tufan, Yüksek İdare Mahkemesinin Görev Alanları, Işık Kitabevi, Lefkoşa, 2013.

- Fendoğlu Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, Yetkin yayınları, Ankara, 2020.
- Gerçek Adnan, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Gözler Kemal, *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2. Cilt, 2003.
- Gözler Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayın Evi, Bursa, 2019.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, *İdare Hukuku*. Ekin Yayın Evi, Ankara, 2003.
- Gözübüyük A. Şeref /Tan Turgut, *İdare Hukuku*, Turan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Gözübüyük A. Şeref, *Yönetim Hukuku*, Turan Kitabevi, Ankara, 1999.
- Gülgeç Yahya Berkol , *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Günday Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayın Evi, Ankara, 2015.
- Güriz Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2020
- Karahanoğulları Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, Turhan Kitabevi, Ankara. 2018.
- Köksal Mehmet, *Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı; Türk Yargı Örgütü-KKTC Yargı Teşkilatı Özeti- Şemalar-Örnek Sorular*, Legal, İstanbul, 2018.
- Necatigil Zaim M, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları*. Işık Kitap Evi, Lefkoşa, 2015.
- Sağlam Fazıl, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Dersleri*. Yakındoğu Üniversitesi Matbaası. Lefkoşa, 2016.
- Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- Göçğün Muhammed, *İdari İşlemin Konu Unsuru*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Üstün Ümit Süleyman, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Turan Kitabevi, Ankara, 2007.
- Yıldırım Turan/Yasin Melikşah/Kaman Nur/Özdemir H. Eyyüp/Üstün Gül Fiş/Çakır Melih/Tekinsoy Özge Okay, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

## Makaleler

- Abdullah Sezer, "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)", *Anayasa Yargısı*, Y. 2019, C. 36, S. 1, 353-412.
- Akçay Erkan, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Siyasi Denetim: İdarenin TBMM Tarafından Denetlenmesi", *Ombudsman Akademik*, Y. 2017, C. 3, S. 5, 37-68.
- Aslan Volkan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarla Belirtilmesi Üzerine," *Anayasa Yargısı*, (2019), Cilt 36, Sayı 1. 139-161.
- Atar Yavuz, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı*, Y. 2019, C. 36, S. 1, 241-259.

- Avcı Mustafa, Türkiye’de Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnameleri ile ilgili Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2012, C. 16, S. 1, 33-61.
- Aydınöglü Zeynep Nihal, “İdarenin Kanuniliği Bağlamında İdari Yapıtlar”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 2 S. 1, 11-43
- Azıklı Murat, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi”. *Anayasa Yargısı*, Y. 2019, C. 36, S.1, 73-103.
- Derdiman Cengiz, “Türk Kamu Yönetimi ve Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname (1982 Anayasası’nın 91. maddesinin Değerlendirilmesi)”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Y. 1996. S. 51 Cilt 01. 135-164.
- Derdiman R. Cengiz/Uysal Yusuf, “Türk kamu yönetiminde yetki devri”, *Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 2014, C. 15, S. 27, 251-277.
- Duman Berat, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri; Hukuki Niteliği, Rejimleri, Denetimi ve Mukayeseli Hukukta Yeri”, *Anadolu Hukuk Fakültesi Dergisi*. Y. 2019, C. 5, S. 2, 537-592.
- Ekinci Bezar Eylem, “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2016, C. 65 S. 3, 253-286.
- Eren Abdurrahman, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İctihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”. *Anayasa Yargısı*, Y. 2019, C. 36, S. 1, 1-72.
- Güneş Mehmet, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetiminde Maddi İçerik Kriteri”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Y. 2020, C. 11 S. 1, 166-179.
- Mecek Mehmet/Yıldırım Özge Kocakula, “Yönetim-İdare Kavramlarının Yapısal-İşlevsel Analizi ve Kavramsal Açından Tanımlanması”, *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, Y. 2020, C. 7, S. 54, ss. 1411-1425.
- Sağlam Fazıl, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, Y. 1984, S. 1, 261-271.
- Sezer Abdullah, “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2019, C. 36, S. 1, 353-412.
- Turhan Turgut, “Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi, (Turkish Legal System Through Historical Perspective)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. 57, S. 2, 253-286.
- Yeniay Lokman/Yeniay Gülden, “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2019, C. 36, S. 1, 105-138.
- Yıldırım Turan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2017, C. 23, S. 2, 13-28.

## Diğer Kaynaklar

- Aday Memur Hazırlayıcı Eğitimi Genel hukuk Bilgisi Ders Notu, Adalet Bakanlığı’nın Eğitim Daire Başkanlığı. 1-49. (2015). 27 Ekim 2020 tarihinde <http://www.edb.adalet.gov.tr/dersnotlari.html> adresinden erişim sağlandı.

# UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE TİCARETİ SUÇUNDA (TCK m. 188/3) DELİLLERİN TOPLANMASI VE FAİLİN KASTININ BELİRLENMESİ\*

COLLECTION OF EVIDENCE AND DETERMINATION OF  
PERPETRATOR'S INTENT IN DRUGS OR STIMULANTS  
TRAFFICKING OFFENSE (TPC Art. 188/3)

M. Nedim BEKRİ\*\*

**Özet:** TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun ihdası ile korunan hukuki yarar, günümüzde tüm insanların sağlığı olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla, bu suç için öngörülen ceza oldukça ağırdır. Öte yandan, bu suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların tamamına yakınının, şüpheliler ve sanıklar hakkında tutuklama tedbiri uygulanarak yürütüldüğu görülmektedir. Bu nedenlerle, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna ilişkin őüphne söz konusu olduğunda, hem delillerin etkin ve hukuka uygun bir şekilde toplanması hem de bu suçun TCK'nın 191/1. maddesinde düzenlenen, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçundan tam bir kesinlikle ayırt edilmesi daha da önem kazanmaktadır. Buna karşılık, belirtilen hususlara ilişkin olarak uygulamada ciddi sorunlar bulunduğu görülmektedir. Sorunların giderilmesi ise hukuk kurallarının doğru uygulanması ile mümkündür.

**Anahtar Kelimeler:** Uyuşturucu Ticareti, Uyarıcı Ticareti, Kişisel Kullanım Amacı, Delillerin Toplanması, Hukuka Aykırı Delil

**Abstract:** The legally protected interest by drugs or stimulants trafficking offense set out in Article 188/3 of the Turkish Penal Code (TPC) is acknowledged as the health of all the people nowadays. In that respect, the penalty provided by the law for this crime is quite heavy. It is observed that almost all the suspects and accused remain in detention throughout the investigation and prosecution phases. For these reasons, where there is suspicion regarding drugs or stimulants trafficking it becomes more crucial to perform the effective and lawful collection of evidence and to accurately distinguish

\* Makale, araştırma ve yayın etiğine uygun olarak hazırlanmıştır.

\*\* Av. Dr., m.nedimbekri@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0002-2448, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.08.2022, Kabul Tarihi: 03.01.2023



ish it from the offense of purchase, receipt or possession of drugs or stimulants for use set forth in Article 191/1 of the TPC. In practice, serious legal problems arise when applying the mentioned crime-related provisions and collecting of evidence; however, the solution to the problems already exists in Turkish law.

**Keywords:** Drugs Trafficking, Stimulant Trafficking, Purpose of Personal Consumption, Collection of Evidence, Unlawful Evidence

## GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 188/3. maddesinde düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna ilişkin olarak uygulamada karşılaşılan sorunları iki ana kısma ayırmak mümkündür: Birincisi, özellikle kolluk uygulamalarında somutlaşan delillerin toplanmasındaki sorunlar, ikincisi ise elde edilen delillerin hatalı değerlendirilmesi ve belli bir ezbere dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulması. Her iki kısım birbirinden tamamen ayrılamayacağı gibi uyuşturucu ve uyarıcı maddelere ilişkin hassasiyetin de kabul edilebilir kılamayacağı hukuka aykırı delil meselesi, tüm aşamalardaki süjelerin farkındalığını ve sorumluluğunu gerektiren önemli bir sorundur. Ayrıca, suçun nitelendirilmesinde asıl tartışmalı alan olan TCK'nun 191/1. maddesinde düzenlenip 188/3. maddede yer alan suçtan, failin amacı ile ayrılan; kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak suçuna ilişkin eylemlerin mahkemelerce çok zaman doğru değerlendirilemediğine ilişkin kıymetli yayınlar bulunmaktadır. Bununla beraber, hatalı olarak 188/3. maddeden mahkumiyet sonucunu; kolluğun hukuka ve tekniğe aykırı uygulamaları ile şablon ifadeler taşıyan ve içeriği soruşturma aşamasında sorgulanıp araştırılmayan, duruşmalarda da gerçek anlamda ortaya konulup tartışılmayan ve aksi ispatlanamayan kolluk tutanaklarının doğurduğu bir gerçektir.

Bir hususu özellikle vurgulamak gerekmektedir ki uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna ilişkin olarak kapsamlı Yargıtay kararları bulunmaktadır. Ancak suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların tamamına yakını, şüpheli ve sanıklar hakkında tutuklama tedbiri uygulanarak yürütölmektedir. Bu itibarla, istinaf ve Yargıtay aşamalarında sanıkların açık cezaevine ayrılma süreleri aşılmaktadır. Bu nedenle de sanıkların önemli bir kısmının, hukuka aykırı da olsa haklarındaki mahkumiyet hükmünün bir an önce kesinleşmesini isteyerek

kanun yolu incelemesi haklarından feragat ettikleri gözlenmektedir. Dolayısıyla, konuyu sadece Yargıtay kararları üzerinden inceleyip değerlendirmenin uygulamadaki sorunların gerçek anlamıyla tespit ve çözümünü önlediği söylenebilecektir. Diğer yandan, yargılamaların tamamına yakını tutuklama tedbiri uygulanarak sürdürüldüğünden, hukuka aykırılıklar kanun yolu incelemesinde telafi edilse de cezaların önemli ölçüde fiilen infaz edilmiş oldukları unutulmamalıdır.

Bu itibarla, yüksek yargı kararlarına tam olarak yansıyamamış olsa da sahada gözlemlenen hatalı uygulamaların ve sorunların tespiti ile esasen hukukumuzda zaten var olan çözümlerin ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu hususu dikkate alan çalışmamızda, konumuzu oluşturan suçun uygulamada tartışmalı ve sorunlu olmayan yönlerine ancak gerektiği kadarıyla temas edilecektir. Çalışmamızın birinci bölümünde, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna yer verildikten sonra, söz konusu suçun kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak suçundan ayrımı *çerçevesinde* kişisel kullanım amacının tespiti sorunu incelenecektir. Bu kapsamda, konuya ilişkin olarak Yargıtay tarafından kullanılan ve *öğretide* de kabul edilen *ölçütlerin* uygulanmasında sık karşılaşılan sorunlar ele alınacaktır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunda delillerin toplanması ve değerlendirilip hükme esas alınmasına ilişkin olan ikinci bölümde, ilgili mevzuat hükümlerine ve Yargıtay'ın yaklaşımlarına da değinilerek, önce toplanmayan ve kaybına neden olunan deliller, sonrasındaysa hukuka aykırı deliller konusu incelenip değerlendirmelerde bulunulacaktır.

## I. UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE TİCARETİ SUÇU

### A. Madde Metni

TCK'da uyuşturucu ve uyarıcı madde suçları, "Özel Hükümler" kapsamındaki düzenlemelerin yer aldığı İkinci Kitabın "Toplum Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Kısımının "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Bölümünde 188 ila 192. maddeler arasında yer almaktadır. Konumuzu oluşturan ve kısaca uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti olarak adlandırılan suç, "Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti" başlıklı 188. maddenin üçüncü fıkrasında, "Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satı-

*şa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve bin günden yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle: 18/6/2014 – 6545/66 md.) Ancak, uyuşturucu veya uyarıcı madde verilen veya satılan kişinin çocuk olması hâlinde, veren veya satan kişiye verilecek hapis cezası on beş yıldan az olamaz”<sup>2</sup> şeklinde düzenlenmiştir.*

Maddenin birinci fıkrasında, uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin, imali, ithali ve ihracı ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.<sup>3</sup>

Kanun koyucunun, konumuzu oluşturan suç ile birinci fıkrada düzenlenen suçu, madde başlığında “uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti” olarak adlandırmış olduğu görülmektedir. Maddenin gerekçesinde ise “üçüncü fıkra uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretine ilişkin çeşitli fiillerin ayrı bir suç olarak tanımlandığı” ifade edilmiştir. Basit alım satımlardan daha ileri bir kavram olduğu gözardı edilebilse dahi, ticaret ifadesi seçimlik hareketli suç oluşturduğu fiilleri kapsama hususunda yetersiz kalmakta ve hatta bir kısmıyla çelişmektedir. Aşağıda görüleceği üzere satma ve satışa arz etme fiilleri de suç oluşturmakla beraber, fail, başkalarına bedelsiz olarak uyuşturucu veya uyarıcı madde verse dahi TCK’nın 188/3. maddesinde düzenlenen suç oluşabilecektir. Hatta kişisel kullanım dışındaki amacının maddi olması gerekmeyen fail, başkasına suç atmak amacıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde bulursa da suç oluşabilmektedir. Nitekim söz konusu durum TCK’nın TBMM Adalet Komisyonu görüşmesinde de benzer şekilde dile getirilmiş ve mad-

<sup>2</sup> Fıkranın gerekçesi, “Üçüncü fıkra uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretine ilişkin çeşitli fiiller ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Buna göre; uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satışı, satışa arzı, başkalarına verilmesi, nakli, depolanması ya da kazanç amacıyla satın alınması, kabul edilmesi veya bulundurulması, bir ve ikinci fıkralara göre ayrı bir suç oluşturmaktadır. Bu suç dolayısıyla da, bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçlarda olduğu gibi, hapis cezasının yanı sıra adli para cezası öngörülmüştür” şeklindedir.

<sup>3</sup> Söz konusu birinci fıkra, “Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihrac eden kişi, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis ve ikibin günden yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde, ilgili ikinci fıkra ise “Uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı fiilinin diğer ülke açısından ithal olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bu ülkede yapılan yargılama sonucunda hükmolunan cezanın infaz edilen kısmı, Türkiye’de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılacak yargılama sonucunda hükmolunan cezadan mahsup edilir” şeklindedir.

de başlığı olarak “uyuşturucu madde temin etmek” ile “uyuşturucu madde sağlamak” ifadeleri önerilmiştir.<sup>4</sup> Öğretide de, konuya ilişkin olarak “uyuşturucu madde temini”<sup>5</sup>, “uyuşturucu madde sağlama”<sup>6</sup> ve “uyuşturucu madde tedariki”<sup>7</sup> başlıklarına rastlanabilmektedir. Uyarıcı maddeleri kapsam dışında bıraktıkları gerçek olmakla beraber, ilk bakışta söz konusu ifadelerin de satın alma, kabul etme ve bulundurma fiillerini karşılamadığı düşünülebilecektir. Ancak aşağıda görüleceği üzere koruduğu hukuki yarar esasen kamunun sağlığı olan TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen suçun nihai amacının, kullanıcı ya da kullanıcı adayı olan kişilerin uyuşturucu ve uyarıcı maddelere ulaşmasını önlemek olduğu dikkate alındığında, kanaatimizce “uyuşturucu veya uyarıcı madde sağlama” adlandırmasının isabetli olduğu ifade edilmelidir. Bununla beraber çalışmamızda, madde başlığına ve gerekeçesine uygun olarak öğretide ve uygulamada yaygın şekilde kullanılan uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti ifadesi tercih edilmiştir.

Maddenin dördüncü fıkrasının a bendinde, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin “*eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin olması*, b bendinde ise üçüncü fıkradaki fiillerin; *okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakın mesafe içindeki umumi veya umuma açık yerlerde işlenmesi*” hallerinde verilecek cezanın yarı oranında artırılması düzenlenmiştir. Öte yandan, beşinci fıkrada, söz konusu suçların üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halindeyse bir kat artırılması hükmü yer almaktadır.

<sup>4</sup> Yargıtay üyesi Ali Kınacı'nın Adalet Komisyonu'ndaki görüş ve önerileri için bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Adalet Bakanlığı, Ankara 2005, 658.

<sup>5</sup> Bkz. H. Yılmaz Günel, Uyuşturucu Madde Suçları, Kazancı Yay., Ankara 1976, s. 55.

<sup>6</sup> Bkz. Şener Güngör/Ali Kınacı, Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle İlgili Suçlar, Yetkin Yay., Ankara 2001, s. 165; Nur Centel, “Uyuşturucu Madde Kullanma ve Bulundurma Suçu”, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan C.1, Beta Yay., İstanbul 2001, s. 149.

<sup>7</sup> Bkz. Durmuş Tezcan, “Türk Ceza Kanunu'ndaki Değişiklikler Açısından Uyuşturucu Madde Tedarik Suçları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Ankara 1994, C. 49, S. 2, s. 429-437.

Belirtmek gerekir ki TCK'nın 192. maddesinde uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarına ilişkin olarak "etkin pişmanlık" hükümleri düzenlenmiştir. Birinci fıkraya göre, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş olan fail, "diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerleri merciine haber verirse" hakkında cezaya hükmolünmayacaktır. Ancak bunun için failin, durum resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce bilgi paylaşması ve verdiği bilginin suç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini sağlaması gerekmektedir. Suç haber alındıktan sonra, gönüllü olarak, "suçun meydana çıkmasına ve fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım eden" fail hakkında verilecek ceza ise yaptığı yardımın niteliğine göre üçüncü fıkra uyarınca dörtte birden yarıya kadar indirilecektir.

## B. Korunan Hukuki Yarar

TCK'nın, "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Kısımının "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Bölümünde düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun ihdası ile korunan hukuki yarar, özellikle gençliğin sağlığı olmak üzere<sup>8</sup> kamunun sağlığıdır. Bununla beraber, günümüz karşılaştırmalı hukukunda, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçlarının sınır aşan niteliği, başka suçların işlenmesine ve suç örgütlerine ekonomik kaynak oluşturması ve kullanıcıların madde temini için başka suçlara karışmaları nedenlerinin oluşturduğu farklı boyut dikkate alınmaktadır. Bu itibarla söz konusu suç, sadece kullananların sağlığını hedef alan bir suç olarak görülmemekte ve korunan hukuki yararın tüm insanların sağlığı olduğuna ilişkin anlayış kabul görmektedir.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar, US-A Yay., Ankara 2017, s. 93.

<sup>9</sup> Sahir Erman/Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1995, no:335; Durmuş Tezcan, "Uyuşturucu Maddelerin Yasadışı Ticaretini Önleyici Tedbirler", *TİD*, Ankara 1987, S. 377, s. 40; Osman Yaşar/Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C. 4, Ankara 2010, s. 5153; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2021, s. 982; Ziya Koç, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçlarında Kişisel Kullanım Amacının Belirlenmesi (TCK m. 188/3-TCK m. 191)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2021, C. 23, S. 2, s. 1148-1149; Birsen Elmas, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Adalet Yay., Ankara 2022, s. 34.

Kültürel yapının ve toplum düzeninin de uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçu ile korunan hukuksal yararlarından olduğunu ifade etmek mümkündür.<sup>10</sup>

### C. Tipikliğin Maddi Unsurları

#### 1. Fail-Mağdur

Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun faili herkes olabilmektedir. Suçun mağduru kamu olup mağdur yönünden suçun bir özelliği bulunmamaktadır.<sup>11</sup> Bununla beraber, suçun düzenlendiği TCK'nın 188. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca failin, tabip, dış tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, dış teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacıyla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi olması halinde verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır.

#### 2. Maddi Konu

Suçun maddi konusu uyuşturucu veya uyarıcı maddeler olup, söz konusu maddeler TCK'da veya başka bir kanunda tanımlanmamış ve sınırlayıcı şekilde sayılmamıştır. Bu durum, 188. maddenin gerekçesinde, *“Burada uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin nelerden ibaret bulunduğu tanımlanmadığı gibi, bunların teker teker gösterilmesi yoluna da gidilmemiştir. Bunun nedeni, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ve aynı etkiyi yapan ilaç ve sentetiklerin kötüye kullanılmalarının yaptırım altına alınarak güçlü bir sosyal savunmanın sağlanmasıdır. Böylece, psikotrop madde olarak, uyuşturucu veya uyarıcı etkisi yapan ve kişilerde bağımlılık meydana getiren bütün maddelerin, bu suçun konusunu oluşturacağı kabul edilmiştir”* ifadeleriyle açıklanmıştır.

Öğretide, uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin, TCK'da veya başka bir kanunda tanımlanmamış ve tek tek sayılmamış olmasının kanunilik ilkesi açısından sorun oluşturduğu ve söz konusu maddelerin idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlenemeyeceği, suçun konusunun kanun koyucu tarafından belirlenmiş olmasının temel hak ve özgür-

<sup>10</sup> Köksal Bayraktar vd., Özel Ceza Hukuku C. 5, On İki Levha Yay., İstanbul 2019, s. 322.

<sup>11</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 982; Bayraktar vd., s. 327.



lükler açısından daha çok güvence sağlayacağı görüşleri ifade edilmektedir.<sup>12</sup> Kanaatimizce, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin bilimsel bir tanımının kanunda yer alması yerinde olacak ise de söz konusu maddelerin kanunda sınırlayıcı şekilde tek tek sayılması, hukukumuza bu maddelerin hızla yeni türlerinin ortaya çıkışı karşısında etkisiz kılacaktır. Madde gerekçesindeki açıklama isabetli olup, bu noktada önemli olan, uyuşturucu veya uyarıcı madde ilanına ilişkin resmi belgelerin, evrensel anlamda objektif ve bilimsel çalışmalara, yayınlara dayanmasıdır.

Dünya Sağlık Örgütü'nün, *"Bitkisel veya sentetik menşeli olup, merkezi sinir sistemini etkileyerek, fizik veya psişik bağımlılık hallerine yol açan ve bazı hallerde tek konulu (kullanmanın devamı üzerine dozajı artırmak ihtiyacının duyulması) ve diğer bazı hallerde ise aynı kişinin değişik uyuşturucu kullanması gibi çift konulu tutku yaratan bütün maddeler"* şeklinde uyuşturucu madde tanımı bulunmaktadır.<sup>13</sup> Uyuşturucu ve uyarıcı maddelere ilişkin olarak uluslararası uygulamalarda kullanıldığı gibi ülkemiz uygulamasında da kullanılan "narkotik" kelimesi, Yunanca uyku anlamındaki "narké" kelimesinden türetilmiştir.<sup>14</sup> Bu etimolojik gerçeğe de uygun olarak TCK'nın 188. maddesine ilişkin yargı kararlarında ve kolluk tutanaklarında, uyuşturucu kavramıyla, genellikle tüm narkotik maddeler kastedilmektedir. Buna karşılık kanun düzenlemesindeki uyuşturucu veya uyarıcı şeklindeki ibare, uyuşturma özelliği olan ile uyarıcı özelliği olan iki farklı kategorideki maddeleri ayrı ayrı ifade etmektedir.<sup>15</sup> Nitekim, son yıllarda metamfetamin adlı madde örneğinde görüldüğü üzere uyarıcı madde kullanımının oldukça arttığı gözlenmektedir.<sup>16</sup> Bu itibarla, kanun düzenlemesinde uyarıcı madde ifadesinin ayrıca yer almasının gerekliliği daha da iyi anlaşılmaktadır.

<sup>12</sup> Bkz. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 773; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yay., Ankara 2018, s. 489.

<sup>13</sup> Erman/Özek, no: 337.

<sup>14</sup> Sulhi Dönmezer, Kriminoloji, İstanbul Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 1981, s. 393; Günal, s. 7.

<sup>15</sup> Kanundaki "uyarıcı madde" ifadesinin özel bir anlamının bulunmadığı görüşü için bkz. Çetin Arslan/Bahattin Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yay., Ankara 2004, s. 779; Tezcan/Erdem/Önok, s. 982.

<sup>16</sup> 2019 yılında ele geçirilen metamfetamin miktarı 1 ton 42 kilogram iken, bu miktar 2020 yılında 4 ton 168 kilogram olmuştur. (<https://www.egm.gov.tr/asla-met-kullanma>, E.T.: 15.06.2022).



Uyuşturucu ve uyarıcı maddeler, TCK'da veya başka bir kanunda tanımlanmamış ve sınırlayıcı şekilde sayılmamış ise de 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun'un 4/1. maddesinde, "*Ham afyon, hazırlanmış afyon, tıbbî afyon ve bunların müstahzarları Türk Ceza Kanunu'nun uygulanmasında uyuşturucu maddelerden sayılır*" şeklinde sınırlayıcı olmayan bir sayıma yer verilmiştir. Belli maddelerin söz konusu olması halinde cezanın yarı oranında artırılması öngörülen TCK'nın 188/4. maddesinin a bendinde, "*eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin*" in sayıldığı da hatırlanmalıdır. Öte yandan, ülkemizin de tarafı olduğu 1961 tarihli Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesi, 1971 tarihli Psikotrop Maddeler Sözleşmesi ve 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Sözleşme maddeleri, Anayasa'nın 90/5. maddesi uyarınca iç hukukumuzun bir parçasını oluşturmaktadır. Bu itibarla, 1961 tarihli Sözleşme'nin 1 ve 2 numaralı Cetvellerinde yer alan doğal ve yapay maddeler TCK'nın 188. maddesi kapsamında uyuşturucu ve uyarıcı madde olarak kabul edilecektir. Buna göre, uyuşturucu veya uyarıcı olduğundan şüphelenilen madde, laboratuvar imkanıyla bilimsel analiz yapabilecek uzman bir kuruluşa incelettirilerek maddenin fiziksel ve kimyasal özellikleri ile bilinen adı ve kimyasal adı tespit ettirilecektir. Söz konusu madde, TCK'nın 188/4. maddesinde, 3298 sayılı Kanun'da, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun'da, bu kanunların verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan Bakanlar Kurulu/Cumhurbaşkanlığı kararlarında veya 1961 tarihli Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesi'nin 1 ve 2 numaralı Cetvellerinde yer verilen bir madde ise TCK'nın 188. maddesi anlamında uyuşturucu ve uyarıcı madde olarak dikkate alınacaktır.<sup>17</sup> Nitekim uygulamada da

<sup>17</sup> Elmas, s. 49-50; Güngör/Kınacı, s. 116-117. "Adli Tıp Kurumu...Grup Başkanlığı Kimya İhtisas Dairesi'nce tanzim olunan...uzmanlık raporlarında; ele geçirilen maddenin AB FUBINACA olduğu, 25.01.2014 tarih ve 28893 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 16.12.2013 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile 2313 sayılı uyuşturucu maddelerin murakabesi hakkındaki kanun kapsamına alındığının bildirildiği, maddenin suç tarihinde 5237 sayılı TCK'nın 188/4. maddesinin, 2313 sayılı Kanun'da, 3298 sayılı Kanun'da, Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözleşmesi'nin 1 ve 2 numaralı cetvellerinde, 2313 ve 3298 sayılı Kanunların verdiği yetki uyarınca çıkarılan Bakanlar Kurulu kararlarında sayılan uyuşturucu veya uyarıcı maddeler kapsamına alınmasına rağmen söz konusu Bakanlar Kurulu'nun 16.12.2013 tarih ve 2013/5742 sayılı kararının suç tarihinden sonra 25.01.2014 tarih ve 28893 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandığı, maddenin suç tarihi itibarı ile TCK 188/3. maddesi kapsamında kalmadığı anlaşılmakla; söz konusu

bu yönde tespit için, soruşturma ve gerektiğinde kovuşturma aşamalarında Kriminal Polis Laboratuvarlarından ve Adli Tıp Kurumu'ndan uzmanlık raporu alınmaktadır.<sup>18</sup>

### 3. Fiil

TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen suç, seçimlik hareketli bir suç olup, söz konusu hareketler, uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde *satmak, satışı arz etmek, başkalarına vermek, sevk etmek, nakletmek, depolamak, satın almak, kabul etmek ve bulundurmak* fiilleridir.

*Satmak*, uyuşturucu veya uyarıcı maddeye ilişkin mülkiyetin belirli bir bedel karşılığında bir başkasına devredilmesidir.<sup>19</sup>

---

raporun varsa ele geçirilen madde ile birlikte ATK 5. İhtisas Kurulu'na gönderilerek söz konusu maddenin "uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran madde" olup olmadığı hususunda rapor alındıktan sonra TCK'nın 188. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen "uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran maddenin ticaretini yapma" suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılarak, sanığın hukukî durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi," Yargıtay 20. CD 30.6.2020, 2019/1942 E.-2020/3554 K..

<sup>18</sup> "Hükme esas alınan hakkında kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan ayrı soruşturma yapılan ...'da ele geçirilen maddelere ilişkin Adli Tıp Kurumu veya Kriminal Polis Laboratuvarından alınmış bir ekspertiz raporunun dosyada bulunmadığı anlaşılmakla; bu maddelerin "uyuşturucu madde niteliğini taşıyıp taşımadığına" ilişkin analiz raporunun aslı ya da onaylı suretlerinin dosya arasına konulması; ele geçirilen maddeye ilişkin analiz raporu yok ise, maddelerin Adli Emanetten temini ile "uyuşturucu madde niteliğini taşıyıp taşımadığına" ilişkin uzmanlık raporu aldırılarak, sanığa okunup diyeceklerinin sorulması ve sonucuna göre sanığın hukukî durumunun belirlenmesi gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulması" Yargıtay 10. CD 20/12/2021, 2021/15816 E.-2021/13961 K. "...aramada ele geçen maddelere ilişkin ekspertiz raporunun dosyada bulunmadığı anlaşıldığından, bu maddelerin "uyuşturucu madde niteliğini taşıyıp taşımadığına" ilişkin uzmanlık raporu var ise aslı ya da onaylı örneğinin getirilmesi, yok ise maddenin "uyuşturucu madde niteliğini taşıyıp taşımadığına" ilişkin uzmanlık raporu alınması, sonucuna göre tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanığın hukukî durumunun belirlenmesi", Yargıtay 10. CD 30.3.2022, 2020/15366 E.-2022/3995 K. (<https://www.kazanci.com.tr>, E.İ.: 15.06.2022).

<sup>19</sup> Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay., Ankara 2019, s. 362. Öğretide, satılan madde, miktar ve nitelik yönünden kullanıma uygun değilse suçun maddi konusu bulunmadığından işlenemez suç söz konusu olacağı ifade edilmiş ise de (Bkz. Hamide Zafer, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu", İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı Sempozyum Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 2007, s. 109), bu görüş, kanun koyucunun, satma eyleminde alıcının kullanmak için satın almasını şart koşmadığı, alıcının satın aldığı maddeyi başka bir uyuşturucu madde imalinde kullanmasının da mümkün olduğu, Yargıtay'ın da madde miktarını suç konusunun önem ve

*Satışa arz etmek*, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin malikinin ya da zilyedinin, bu maddeyi satmak için, satma iradesini ortaya koyan herhangi bir davranışta bulunması olup, internet ortamında satışa sunma dahil bu yöndeki tüm hareketler bu kapsamdadır.<sup>20</sup>

*Başkalarına vermek*, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından, “bir kişinin mülkiyetinde ya da zilyetliğinde bulunan uyuşturucu maddeyi satış sayılmayacak şekilde ve bedel almadan başkasına devretmesidir. Bunun için uyuşturucuyu verecek kişi ile alacak kişinin iradelerinin uyuşması ve maddenin zilyetliğinin devredilmesi gerekir.”<sup>21</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Karşılıklı ve uyuşan iradelerin varlığı şart olup, gizlice içeceğine koyma, ilacını buna benzeyen maddeyle değiştirme veya zorla kullandırma örneklerinde olduğu gibi kişinin iradesi dışında kendisine uyuşturucu ya da uyarıcı maddenin verilmesi hallerinde başkalarına verme fiili değil kasten yaralama suçu söz konusu olabilecektir.<sup>22</sup>

Belirtmek gerekir ki Yargıtay, failin temin ettiği uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi başkasıyla bir araya gelerek kullanmasını, maddenin ikram edilerek başkalarıyla birlikte kullanılmasını başkalarına vermek olarak değil, TCK’nın 191/1. maddesinde düzenlenen kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçu olarak nitelendirmektedir. Kişinin kendisine ait olup birlikte kullanım sonrası arta kalan maddeyi isteği üzerine diğer kişiye bırakmasını ise TCK’nın 188/3. maddesi kapsamında değerlendirmektedir.<sup>23</sup> Maddenin, satış öncesinde deneme amacıyla bedelsiz numune olarak verilmesi halinde de başkalarına vermek fiili söz konusudur.<sup>24</sup>

*Sevk etmek*, kişinin, sahibi ya da zilyedi olduğu uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi bir yerden bir yere bir başka kişi aracılığıyla, kullanma amacı dışında bir amaçla göndermesidir.<sup>25</sup>

---

değeriyle ilişkilendirerek miktarın, verilecek ceza açısından önemli olabileceğine hükmettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir (Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 782).

<sup>20</sup> Güngör/Kınacı, s. 229; Elmas, s. 102.

<sup>21</sup> Yargıtay CGK 21.06.2011, 2011/10-120 E.-2011/143 K.

<sup>22</sup> Fahrettin Kıldıl, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları, Adalet Yay., Ankara 2020, s. 194-195.

<sup>23</sup> Elmas, s. 104-105; Tezcan/Erdem/Önok, s. 990.

<sup>24</sup> Murat Balcı, Türk Ceza Kanunu’nda Uyuşturucu Madde Ticareti Suçları (TCK m. 188), Marmara Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 169.

<sup>25</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5171.

*Nakletmek*, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir yerden bir yere bizzat fail tarafından götürülmesi olup, ücret mukabilinde taşıma yapılması şart olmayan failin uyuşturucu veya uyarıcı maddenin söz konusu olduğunu ise bilmesi gerekmektedir.<sup>26</sup>

*Depolamak*, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin, kişisel kullanım amacıyla hareket edilmeksizin bir yerde tutulmasıdır.<sup>27</sup>

*Satın almak* fiili, yukarıda değinilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında tanımlanmıştır. Buna göre satın almak, “*uyuşturucu ya da uyarıcı maddenin üzerinde tasarruf edebilme hakkının bir bedel veya başka bir değer karşılığı elde edilmesi*” dir. Aynı karara göre, *kabul etmek fiili*, “*bir kişinin başkasına ait uyuşturucu veya uyarıcı maddenin zilyetliğini herhangi bir karşılık vermeden üzerine alması*” şeklinde; *bulundurmamak fiili* ise “*bir kişinin kendisine veya başkasına ait uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak fiili egemenliği altında ve o madde üzerinde tasarruf olanağı bulunacak şekilde elinde tutması*”<sup>28</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Bulundurmamak fiilinde, fiili egemenlik devam ettirildiğinden kesintisiz suç söz konusudur.<sup>29</sup> Kararın devamında, aşağıda kişisel kullanım amacının tespiti sorunu incelenirken detaylı olarak değinileceği üzere, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin TCK’nın 188/3. maddesi kapsamında bulundurulduğundan söz edebilmek için kişinin maddeyi “*kendi kişisel kullanımını dışında bir amaçla, örneğin; başkasına satmak, başkasına suç atmak, başkasının içeceğine karıştırmak veya yeni uyuşturucu imal etmek gibi sebeplerle bulundurması*” gerektiği<sup>30</sup> hususu vurgulanmıştır. İfade edilmelidir ki bu gereklilik, TCK’nın 191/1. maddesinde düzenlenen kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak suçuyla 188/3. maddesinde yer alan ortak diğer iki fiil olan, satın almak ve kabul etmek eylemleri için de geçerlidir.

<sup>26</sup> Erhan Günay, Uygulamalı Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yay., Ankara 2005, s. 83; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5172.

<sup>27</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5173.

<sup>28</sup> Yargıtay CGK 21.06.2011, 2011/10-120 E.-2011/143 K.

<sup>29</sup> Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Uyuşturucu Suçları, Seçkin Yay., Ankara 2021, s. 63; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.1, Beta Yay., İstanbul 1997, s. 385.

<sup>30</sup> Yargıtay CGK 21.06.2011, 2011/10-120 E.-2011/143 K.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde suçu bir soyut tehlike suçu olup, suçu oluşturan fiillerin zarar veya somut tehlike meydana getirmesi gerekmemektedir.<sup>31</sup>

#### D. Tipikliğin Manevi Unsurları

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti kapsamındaki suçların tamamı genel kast ile işlenen suçlardandır ve failin, fiili belli bir saikle gerçekleştirmiş olması *şartı* aranmamaktadır.<sup>32</sup> Bununla beraber, yukarıda Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı ile temas ettiğimiz ve aşağıda daha detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, satın almak, kabul etmek ve bulundurmaya eylemlerinde, TCK'nın 191/1. maddesinde düzenlenen kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaya suçunun değil de TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen suçun oluştuğunun kabulü için, failin kişisel kullanım amacı dışında bir amacının olduğu tespit edilmelidir.

Failin, suç konusu maddenin uyuşturucu veya uyarıcı madde olduğunu bilmediği hallerde, TCK'nın 30/1. maddesi anlamında tipiklikte yanılma söz konusu olduğundan kast ortadan kalkacak ve fail, hatasından yararlanacaktır.<sup>33</sup> Zira belirtilen hallerde TCK'nın 4. maddesinde *öngörüldüğü üzere* failin ceza sorumluluğunu kaldırması mümkün olmayan "ceza kanununun bilinmemesi" hali değil, suçun kast unsuruyla ilgili olan fiil *üzerinde* bir hata söz konusu olacaktır.<sup>34</sup> Nitekim, TCK'nın 21/1. maddesinde kast, "suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi" şeklinde tanımlanmıştır. Suç konusu madde, failin zannettiği gibi başka herhangi bir madde olsaydı TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen suç oluşmayacağı üzere, maddenin uyuşturucu veya uyarıcı madde olduğunu bilmeyen failin kastından söz edilemeyecektir.

<sup>31</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 982.

<sup>32</sup> Yokuş Sevük, s. 365.

<sup>33</sup> Yokuş Sevük, s. 366; Soyaslan, s. 493.

<sup>34</sup> Ceza hukukunda, kural üzerinde hata ve fiil üzerinde hata ayrımı ile kural üzerinde hataya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Devrim Güngör, "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2007, S. 68, s. 135-160.

### **E. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru**

Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçu, madde metninde *öngörüldüğü üzere*, ancak fiillerin “*ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak*” gerçekleştirilmesi halinde oluşacaktır. 2313 sayılı Kanun’un Ek 1. maddesi uyarınca, Sağlık Bakanlığı ruhsat vermeye yetkili olan makamdır. Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin, ruhsatta belirtilenden farklı bir madde olması, ruhsatta yazılı miktardan fazla olması, maddeye ruhsatta verilen izinden farklı bir işlemin uygulanması hallerinde TCK’nın 188. maddesi anlamında “*ruhsata aykırılık*” tan bahsedilecektir.<sup>35</sup>

### **F. Kullanmak İçin Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak Suçu ve Kişisel Kullanım Amacının Tespiti Sorunu**

#### **1. Madde Metni**

Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçu TCK’nın “*Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak*” başlıklı 191. maddesinin birinci fıkrasında, “*Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmiştir.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, 191/1. maddede düzenlenen suçun, satın almak, kabul etmek veya bulundurmak fiillerinin, 188/3. maddede düzenlenen ve karşılığında çok daha ağır bir ceza *öngörülen* suçun üç seçimlik hareketiyle aynı olduğu görülmektedir. Söz konusu fiillerin bu iki suçtan hangisini oluşturacağını, failin suç konusunu satın alma, kabul etme veya bulundurma amacı belirlemektedir.

#### **2. Kişisel Kullanım Amacının Tespiti**

Failin, uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kullanmak için mi yoksa kişisel kullanımını dışında bir amaçla mı satın aldığı, kabul ettiği veya bulundurduğu, dolayısıyla oluşan suç türünün TCK’nın 191/1. mad-

<sup>35</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 997.



desi kapsamında mı yoksa 188/3. maddesi kapsamında mı kaldığı hususuna ilişkin olarak kanunda, eşik madde miktarı veya başkaca bir ölçüt yer almamaktadır. Kanun koyucu, suçun manevi unsuru *çerçevesinde* gerekli tespiti uygulamaya bırakmış ve esnek sistemi seçmiştir. Bu tercih, karşılaştırmalı hukuktaki genel anlayışa uygundur.<sup>36</sup> Buna göre, uygulamada her somut olayın kendi özellikleri ve delilleriyle bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Failin amacı, subjektif bir husus olduğu üzere, kastın tespiti için dış belirtiler dikkate alınacaktır.<sup>37</sup> Nitekim Yargıtay da bu hususta, *öğretide* de kabul edilen bazı ölçütlerden faydalanmakta ve bu ölçütleri olaylara uygulamaktadır.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Koç, s. 1169. Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve uygulamalar için bkz. Koç, s. 1155 vd.; Kayıhan İçel (Proje Yöneticisi), Yener Ünver (Editör), Uyuşturucu Madde Suçları – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 18, Seçkin Yay., Ankara 2017.

<sup>37</sup> Handan Yokuş Sevük, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Seçkin Yay., Ankara 2007, s. 145 vd.; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5175.

<sup>38</sup> “Uyuşturucu madde bulundurma eyleminin, kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu mu, yoksa uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu mu oluşturduğunun tespitinde belirgin rol oynayan husus, bulundurmanın amacıdır. Ceza Genel Kurulu’nun 06.03.2012 tarihli ve 387-75 sayılı, 20.02.2018 tarihli ve 10-57 sayılı, 22.11.2018 tarihli ve 723-562 sayılı kararları başta olmak üzere bir çok kararında da belirtildiği üzere, uyuşturucu madde bulundurmanın, hangi maksada matuf olduğunun belirlenmesinde dikkate alınması gereken ve öğreti ile uygulamada da kabul görmüş olan bazı kriterler bulunmaktadır. Bunlardan ilki; failin bulundurduğu uyuşturucu maddeyi başkasına satma, devir veya tedarik etmek hususunda herhangi bir davranış içine girip girmediğidir. İkinci kriter, uyuşturucu maddenin bulundurulduğu yer ve bulundurulmuş biçimidir. Kişisel kullanım için uyuşturucu madde bulunduran kimse, bunu her zaman kolaylıkla erişebileceği bir yerde, örneğin genellikle evinde veya iş yerinde bulundurmaktadır. Buna karşın uyuşturucunun ev veya iş yerine uzakta, çıkarılıp alınması güç ve zaman gerektiren depo, mağara, samanlık gibi bir yere gizlemesi kullanma dışında bir amaçla bulundurulduğunu gösterebilir. Yine, uyuşturucunun çok sayıda özenli olarak hazırlanmış küçük paketçikler hâlinde olması, her paketçinin içine hassas biçimde yapılan tartım sonucu aynı miktarda uyuşturucu madde konulmuş olması, uyuşturucu maddenin ele geçirildiği yerde veya yakınında, hassas terazi ve paketlemede kullanılan ambalaj malzemelerinin bulunması, kullanım dışında bir amaçla bulundurulduğu hususunda önemli belirtilerdir. Üçüncü kriter de, bulundurulan uyuşturucu maddenin çeşit ve miktarıdır. Uyuşturucu madde kullanan kimse genelde bir ya da benzer etki gösteren iki değişik uyuşturucu maddeyi bulundurur. Bu nedenle değişik nitelikte ve farklı etkileri olan eroin, kokain, esrar ve amfetamin içeren tabletleri birlikte bulunduran sanığın bunları satmak amacıyla bulundurduğu kabul edilebilir. Kişisel kullanım için kabul edilebilecek miktar, kişinin fiziksel ve ruhsal yapısı ile uyuşturucu veya uyarıcı maddenin niteliğine, cinsine ve kalitesine göre değişiklik göstermekle birlikte, Adli Tıp Kurumu’nun mütalaalarında esrar kullananların her defasında 1-1,5-gram olmak üzere günde



## 2.a. Failin Hareketleri

Failin amacının belirlenmesinde, *öncelikle* failin hareketleri incelenecektir. Bu itibarla, failin uyuşturucu maddeyi başkasına satma, devir veya tedarik etme hususunda herhangi bir davranışta bulunup bulunmamış olması ilk ölçüttür.<sup>39</sup> Bu davranışlar, müşteri arama, sanal ortamda reklam yayınlama, numune gösterme veya pazarlık yapma şeklinde olabilecektir. Failin davranışlarının, kullanma dışındaki amacını göstermesi halinde, madde miktarı önemli olmadığı gibi diğer ölçütlerin araştırılmasına da artık gerek bulunmamaktadır.<sup>40</sup>

## 2.b. Maddelerin Bulundurulduğu Yer ve Bulunduruluş Biçimi

Yargıtay, kişisel kullanım amacıyla madde bulunduran kişinin, ev ve işyeri örneğinde olduğu gibi maddeyi her zaman kolaylıkla erişebileceği bir yerde bulunduracağını, maddenin erişimi güç ve zaman gerektiren depo, mağara, samanlık gibi bir yere gizlenmesi halinde kullanma dışında bir amacın söz konusu olabileceğini öngörmektedir. Ayrıca, uyuşturucunun çok sayıda özenli olarak hazırlanmış küçük paketçikler halinde olması, her paketçinin içine hassas biçimde yapılan tartım sonucu aynı miktarda uyuşturucu madde konulmuş olması, uyuşturucu maddenin ele geçirildiği yerde veya yakınında, hassas terazi ve paketlemede kullanılan ambalaj malzemelerinin bulunması hususları da kullanım dışındaki amaç için önemli deliller olarak kabul

---

üş kez esrar tüketebildikleri bildirilmektedir. Esrar kullanma alışkanlığı olanların bunları göz önüne alarak, birkaç aylık ihtiyaçlarını karşılayacak miktarda esrar maddesini ihtiyaten yanlarında veya ulaşabilecekleri bir yerde bulundurabildikleri de adli dosyalara yansıyan ve bilinen bir husustur. Buna göre, esrar kullanan failerin olağan sayılan bu süre içinde kişisel olarak kullanıp tüketebilecekleri miktarın üzerinde esrar maddesi bulundurmaları hâlinde, bulundurmanın kişisel kullanım amacına yönelik olmadığı kabul edilmelidir". Yargıtay CGK 19.02.2019, 2017/10-972 E.-2019/114 K.

<sup>39</sup> Yargıtay CGK 19.02.2019, 2017/10-972 E.-2019/114 K.; 22.11.2018, 2017/10-723 E.-2018/562 K.; 20.02.2018, 2018/10-10 E.-2018/57 K. sayılı kararlar

<sup>40</sup> Güngör/Kınacı, s. 363; Elmas, s. 650. "Uyuşturucu/uyarıcı maddenin kişisel kullanıma yetecek miktarda olması halinde başkaca delil yoksa amacın kullanmak için bulundurma olduğu kabul edilebilirse de maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına yönelik olarak miktar ölçütü dışında somut olayın özelliklerine göre de değerlendirme yapılmalıdır. Bu değerlendirmede miktar dışında; a) Sanığın hareketleri (müşteri arama, pazarlık yapma, numune gösterme ve benzeri) ... gibi olgular da değerlendirilmelidir". Yargıtay 20. CD 06.12.2017, 2017/4166 E.-2017/6864 K.; 06.12.2017, 2017/4155 E.-2017/6865 K.; CD 22.11.2017, 2017/3529 E.-2017/6396 K. sayılı kararlar

edilmektedir.<sup>41</sup> İfade etmek gerekir ki hassas terazinin varlığı tek başına yeterli görülmemekte ve bu alette uyuşturucu veya uyarıcı madde artığı bulunduğuna ilişkin tespit de aranmaktadır.<sup>42</sup> Hassas terazinin fail tarafından, madde kullanırken ya da kendisi alım yaparken kullanılıyor olması da mümkün olduğundan, failin amacı tespit edilirken bu hususa da dikkat edilmelidir.<sup>43</sup>

Kişisel kullanım amacının belirlenmesinde, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ele geçirildiği yer ve zaman da dikkate alınıp değerlendirilmektedir. Kişisel kullanım miktarındaki madde, failin evi ya da

<sup>41</sup> Yargıtay CGK 19.02.2019, 2017/10-972 E.-2019/114 K.; 22.11.2018, 2017/10-723 E.-2018/562 K.; 20.02.2018, 2018/10-10 E.-2018/57 K. sayılı kararlar; "...yere attığı poşet ve üst araması sonucu satışa hazır vaziyette 40 ayrı paket halinde uyuşturucu maddenin ele geçirildiği olayda; tüm dosya kapsamına göre, ticaret amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçunu işlediği sabit olan sanığın mahkûmiyeti yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle beraatine karar verilmesi", (Yargıtay 10. CD. 26.12.2019, 2017/838 E.-2019/9055 K.; "10.05.2007 tarihli ev arama ve el koyma tutanağı içeriği, suç konusu uyuşturucu maddenin satışa hazır vaziyette 60 paket halinde sanığın eşinin çantasında 2 ayrı poşet içerisinde ele geçirilmesi ve uyuşturucu maddelerin sanık tarafından paketlendiğinin anlaşılması karşısında; sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu gözetilmeden suçun niteliği yanlış değerlendirilerek kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan hüküm kurulması", Yargıtay 10. CD 12.02.2019, 2017/4618 E.-2019/867 K.

<sup>42</sup> "Sanığın uyuşturucu madde ticareti yaptığı yönünde delil kabul edilen ve sanığın evinde ele geçen hassas terazinin çalışır vaziyette olup olmadığı, ayrıca uyuşturucu yada uyarıcı madde artığı içerip içermediği belirlendikten sonra hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi", Yargıtay 20. CD 01.07.2020, 2020/2035 E.-2020/3695 K.; "Sanığın 25.11.2019 tarihli eylemde yanındaki hassas teraziye uyuşturucu madde alırken tartmak için kullandığını savunduğu, Apo isimli şahıstan ... ile metamfetamin alırken ...'ında aldığı maddeyi ele geçen hassas terazi ile tarttığını beyan ettiği, ancak hassas terazi üzerinde esrar bulaşıklarının tespit edilmesine rağmen metamfetamin bulaşığının tespit edilmediği, 11.09.2019 tarihinde ise yine sanığın üzerinde hasas terazi ele geçirildiği sanık üzerinde esrar bulunmasına rağmen bu sefer hassas terazide metamfetamin kalıntılarının bulunduğu tespit edildiği, hakkında kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan ayrı soruşturma yürütülen ve dosyada tanık olarak beyanına başvuru alan ... kollukta alınan müdafili beyanında sanıktan metamfetamin aldığını beyan ettiği, tutanak tanığının, ...'ın yakalama sırasında sanıktan uyuşturucu madde aldığını söylediğini aktardığı ve bu hususun olay tutanağında da belirtildiği anlaşılmalı, olay tutanakları, tanık beyanları, sanığın kullanmak için aldığı uyuşturucu maddeleri tartmakta kullandığını iddia ettiği hassas terazilerde yakalama anında üzerinde bulunan uyuşturucu maddelerden farklı nitelikte madde bulaşıklarının bulunması, sanığın metamfetamin sattığının iddia edilmesi ile 11/09/2019 tarihinde metamfetamin bulaşıklı hassas terazinin ele geçmesi ve tüm dosya kapsamından sanığın üzerine atılı uyuşturucu madde ticareti yapma suçu sabit olmakla". Yargıtay 10. CD 01.11.2021, 2021/2855 E.-2021/10921 K.

<sup>43</sup> Koç, s. 1174.

işyeri çekmecesinde bulunduğu kullanma amacı düşünülecekken, kafe, bar, okul kantini gibi bir yer işleten failin masasının çekmecesinde bulunduğu kullanma dışında amaç kabul edilebilecektir. Keza, fail kişisel kullanım miktarındaki maddeyle evine giderken evine yakın bir yerde yakalandığında, kullanma amacına ilişkin savunmasına itibar edilebilecekken, eğlence merkezleri gibi yoğun ortamlara girerken veya üniversite, okul gibi bir eğitim kurumu önünde yakalandığında durum farklı olacaktır.<sup>44</sup>

## 2.c. Maddelerin Çeşit ve Miktarı

Failden çeşitli niteliklerde uyuşturucu veya uyarıcı madde ele geçirilmesi, kullanım dışında bir amacın göstergesi olarak kabul edilmektedir. Yargıtay, madde kullanan kişinin, genelde bir ya da benzer etki gösteren iki değişik madde bulduracağını, değişik nitelikte ve farklı etkileri olan eroin, kokain, esrar ve amfetamin içeren tabletleri birlikte bulduran failin bunları satmak amacıyla buldurduğunun kabul edilebileceğini ifade etmektedir.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Elmas, s. 653 vd. "...yapılan ihbarda, sanığın evinde satmak amacıyla esrar buldurduğu ve zaman zaman otogardan batı illerine esrar gönderdiği ve olay tarihinde de otogardan il dışına esrar nakledeceğinin bildirilmesi üzerine, olay yerine gelen görevliler tarafından, sanığın ihbara uygun biçimde saat 17.10 sıralarında elinde siyah bir naylon poşetle ...yolu üzerinden otogara gelirken, ...Otogar girişinde yakalanması ve yapılan aramada elindeki naylon poşetin içerisinde üzerine alıcısının kimliği de yazılmak suretiyle koli şeklinde başkasına gönderilmek üzere hazırlanmış net 99,280 gram toz esrar elde edilebilecek miktarda 408 gram ağırlığında kubar esrar, gömleğinin sol cebinde net 0,480 gram toz esrar elde edilebilecek miktarda 1,200 gram ağırlığında kubar esrar, evinde yapılan aramada da net 1,606 gram toz esrar elde edilebilecek miktarda 7,300 gram ağırlığında kubar esrar, ele geçirilmesi karşısında; suç konusu uyuşturucu maddelerin miktarı, buldurulma şekli, ele geçiriliş biçimi, sanığın yakalandığı yer ve zaman dikkate alındığında, sanığın bu maddeleri başkalarına verme amacı ile buldurduğu açık olup, eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun niteliği yanlış değerlendirilerek kullanmak için uyuşturucu madde buldurma suçundan hüküm kurulması", Yargıtay 10. CD 22/10/2018, 2017/4303 E.-2018/7232 K.

<sup>45</sup> Yargıtay CGK 19.02.2019, 2017/10-972 E.-2019/114 K.; 22.11.2018, 2017/10-723 E.-2018/562 K.; 20.02.2018, 2018/10-10 E.-2018/57 K. sayılı kararlar; "Olay tutanağı içeriği, sanığın yakalanış şekli, ele geçen uyuşturucu maddenin çeşitliliği ve adeti ile tüm dosya kapsamına göre, sanığın uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu işlediği sabit olduğu halde, yerinde olmayan ve dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle beraatine karar verilmesi", Yargıtay 10. CD 27.04.2021, 2017/6688 E.-2021/5148 K.

Daha önce belirtildiği üzere, uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişinin amacının tespitine ilişkin olarak kanunda, eşik madde miktarı gibi bir ölçüt yer almamaktadır. Kanun koyucu, gerekli tespiti uygulamaya bıraktığından, uygulamada her somut olayın kendi özellikleri ve delilleriyle bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay kararlarında da, failin amacının tespitinde madde miktarının yardımcı olabileceğini fakat tek bir ölçüt olamayacağını, kişisel kullanıma yetecek miktar söz konusu olduğunda başka delil yoksa amacın kullanma olduğu kabul edilebilirse de, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için miktarın dışında somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerektiği, ayrıca kişisel kullanım için kabul edilebilecek miktarın, kişinin fiziksel ve ruhsal yapısı ile uyuşturucu veya uyarıcı maddenin niteliğine, cinsine ve kalitesine göre değişiklik gösterdiği hususlarına yer verilmektedir.<sup>46</sup> Bununla beraber Yargıtay kararlarında, kesin bir ölçüt değilse de ortalama olarak bir kişinin kullanabileceği bir dozluk esrarın 0.5 gram olarak hesaplanıp, 4 ila 6 doz ile günlük kullanılabilir esrar miktarının 3 gram; eroin maddesi içinse 10 mg'lık 4 ila 6 doz ile günlük kullanılabilir miktarın 60 mg olarak kabul edildiği görülmektedir. Miktar hususunda, daralı ağırlık değil etken madde miktarı dikkate alınmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki geçmiş uygulamalarında 1 yıllık kullanım miktarını esas alan Yargıtay, son yıllarda verilen kararlarında bir haftalık tatile gitmekte olan failden ele geçirilen madde miktarının tatil süresine göre hesaplanması örneğinde olduğu gibi somut olayın özelliklerine göre belirlenen zaman dilimindeki kullanım miktarını dikkate almaktadır.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Yargıtay 20. CD 06.12.2017, 2017/4166 E.-2017/6864 K.; 06.12.2017, 2017/4155 E.-2017/6865 K.; 22.11.2017, 2017/3529 E.-2017/6396 K. sayılı kararlar; Yargıtay CGK 19.02.2019, 2017/10-972 E.-2019/114 K.; 22.11.2018, 2017/10-723 E.-2018/562 K.; 20.02.2018, 2018/10-10 E.-2018/57 K. sayılı kararlar. Dikili hint kenevirinde ise durum farklıdır. "Dairemizin genel uygulamalarına göre, ticari amaçla ekildiklerine ilişkin başka delil yoksa 20 köke kadar dikili kenevirin kişisel kullanım kapsamında ekildiğinin kabul edilebileceği dikkate alınarak", Yargıtay 10. CD 17.12.2020, 10. CD 2020/15033 E.-2020/9260 K.

<sup>47</sup> Elmas, s. 655 vd.; Koç, s. 1179 vd. Çeşitli uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin, miktar ölçütlerinin değerlendirilmesine ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Uğur Meydan, "Uyuşturucu Madde Ticareti Suçlarının Madde Miktarının Önemi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2019, Y. 10, S. 37, s. 337 vd. Sentetik kannabinoidlerin miktar ölçütlerinin değerlendirilmesine ilişkin Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri kararları için bkz. Uğur Meydan, "Bonzai: Uyuşturucu Madde Ticareti Su-

## 2.d. Failin Madde Kullanıcısı Olup Olmaması

Failin amacının tespitinde, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıcısı olup olmaması da önemli bir ölçüttür.<sup>48</sup> Madde kullanıcısı olduğu ve maddeyi kullanmak için aldığı, bulundurduğu savunmasında bulunan ancak geçmişinde madde kullanmaya ilişkin bir yargı kararı bulunmayan failin, kullanıcı olmadığının tespiti savunmasını çürütecekken, gerçekten kullanıcı olduğunun tespiti halinde lehine bir delil söz konusu olacaktır. Bu itibarla, failden gecikilmeksizin ve usulüne uygun şekilde kan, idrar ve benzeri örnekler alınarak, bu örneklerde uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunup bulunmadığının bilimsel yöntemlerle tespiti gerekmektedir.<sup>49</sup>

## 2.e. Failin Sosyal ve Ekonomik Durumu

Failin sosyal ve ekonomik durumu ve bu kapsamda gelirinin ne olduğu ile geçimini ne ile sağladığı hususu da Yargıtay tarafından failin amacının tespiti hususunda ölçüt olarak kullanılmaktadır.<sup>50</sup> Bu ölçütten faydalanılarak, failin, kendisinden ele geçirilen maddeye ilişkin alım gücü ile yine kendisinden ele geçirilen paraların kaynağına dair bir değerlendirme yapılabilecektir.<sup>51</sup>

çunda Sentetik Kannabinoidler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2022, Y. 13, S. 49, s. 101 vd.

<sup>48</sup> Yargıtay 20. CD 06.12.2017, 2017/4166 E.-2017/6864 K.; 06/12/2017, 2017/4155 E.-2017/6865 K.; 22/11/2017, 2017/3529 E.-2017/6396 K. sayılı kararlar

<sup>49</sup> "...Olay, Arama, El Koyma ve Yakalama Tutanağı içeriğine, sanığın yakalandığı yerin özelliğine, suç konusu eroinin paket sayısı ve miktarına, sanığın kanında morfin, idrarında eroin metaboliti 6-MAM ve morfin bulunduğu ilişkili Adli Tıp Kurumu raporu ile dosyadaki diğer bilgi ve belgelere göre; sanığın savunmasının aksine üst aramasında ele geçirilen suç konusu eroini kullanma amacı dışında bulundurduğuna dair kuşku sınırlarını aşan yeterli ve kesin delil bulunmadığı, sanığın eyleminin bütün olarak "kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu", Yargıtay 10. CD 13.12.2021, 2020/14556 E.-2021/13483 K.

<sup>50</sup> Yargıtay 20. CD 06.12.2017, 2017/4166 E.-2017/6864 K.; 06.12.2017, 2017/4155 E.-2017/6865 K.; 22.11.2017, 2017/3529 E.-2017/6396 K. sayılı kararlar

<sup>51</sup> "Olay tarihinde ... Mahallesi, Millet Parkı içinde bulunan sanıkta 16 paket halinde ele geçirilen suça konu toz esrarın paket sayısı olarak miktarın fazlalığı, sanığın gelir durumu ile uyuşturucu maddenin değeri arasındaki uyumsuzluk, yakalandığı yer ve zaman, yakalanış biçimi aşamalarındaki savunmaları ve dosya içeriğine göre sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun niteliği yanlış değerlendirilerek kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan hüküm kurulması", Yargıtay 10. CD 18.06.2019, 2017/5807 E.-2019/4036 K.

## 2.f. Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

Failin amacının tespitinde yukarıda gördüğümüz kriterleri ortaya koyan Yargıtay'ın, bu kriterlerle beraber "şüpheden sanık yararlanır" ilkesine de vurgu yaptığını görmekteyiz. Yargıtay, özünü "ceza davasında sanığın mahkumiyetine karar verilebilmesi açısından göz önünde bulundurulması gereken herhangi bir soruna ilişkin şüphenin, mutlak surette sanık yararına değerlendirilmesi" şeklinde tanımladığı söz konusu ilkenin, sadece dava konusu suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse sanık tarafından işlenip işlenmediği ya da gerçekleştiriliş şekli hususunda herhangi bir şüphe belirmesi halinde değil "suç niteliğinin belirlenmesi bakımından da" geçerli olduğuna dikkat çekmektedir. Buna göre, toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp diğer kısmı göz ardı edilerek oluşan kanaate veya herhangi bir ihtimale dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulması mümkün olmayıp, mahkumiyetin kesin ve açık bir ispata dayanması, bu ispatın, hiçbir şüphe ya da başka türlü oluşa imkan vermemesi gerekmektedir. Yargıtay'a göre, "yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermek anlamına gelecektir".<sup>52</sup>

## 3. Ölçütlerin Uygulanması ve Sık Karşılaşılan Sorunlar

Yargıtay kararları incelendiğinde, uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran failin amacının tespitine ilişkin ölçütlerden, failin hareketleri dışında hiçbirinin tek başına yeterli olmadığı ve tüm ölçütler ile delillerin somut olayın özelliklerine göre bir bütün olarak dikkate alınıp değerlendirilmesi gerektiği görülmektedir. Bu yaklaşımın, maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ve kanun düzenlemesine de uygun şekilde adil bir hüküm kurulabilmesi için doğru bir yaklaşım olduğu, uygulamada sık karşılaşılan sorunların bu yaklaşımdan kaynaklanmadığı ifade edilmelidir.

Açıklanan ölçütler ve bu ölçütlerin uygulanmalarına ilişkin kararlar ışığında uygulamada sık karşılaşılan sorunlara değinmek isabetli olacaktır.

<sup>52</sup> Yargıtay CGK 19.02.2019, 2017/10-972 E.-2019/114 K.; 22.11.2018, 2017/10-723 E.-2018/562 K. sayılı kararlar



### 3.a. Uygulamanın Eşik Miktarla Odaklanma Eğilimi

Karşılaştırmalı hukuktaki genel anlayışa uygun olarak kanunumuzda, failin amacının tespiti hususunda aslında yargı organlarına kolaylık sağlayacak olan eşik miktarlara yer verilmemiş olmasının otomatik cezalandırma tehlikesini önlemesi beklenmektedir.<sup>53</sup> Buna karşılık, kesin bir ölçüt olmadığı ifade edilmekle beraber, Yargıtay'ın eşik miktarlar belirleme konusunda yukarıda da görülen bazı yönelimleri olduğu ve soruşturma makamları ile ilk derece ve bölge adliye mahkemelerinde de bu yöndeki çeşitli Yargıtay kararlarından yola çıkılarak maddelere ilişkin eşik miktarları esas alma hususunda genel bir eğilim olduğu gözlenmektedir. Söz konusu uygulama, bilimsel bir gerçeklik olan ve Yargıtay kararlarında da yer verildiğini gördüğümüz, kişisel kullanım için kabul edilebilecek miktarın, kişinin fiziksel ve ruhsal yapısı ile uyuşturucu veya uyarıcı maddenin niteliğine, cinsine ve kalitesine göre değişiklik göstermesi kuralını dikkate almamaktadır. Bu suretle verilen mahkumiyet kararlarının gerekçelerinde, çok defa esas alınan eşik miktarın ne olduğu da belirtilmeksizin, madde miktarının kişisel kullanım sınırını aştığı yargısıyla yetinildiği, buna karşılık sanığın, kişisel özelliklerine, fiziksel ve ruhsal yapısı ile ele geçirilen uyuşturucu veya uyarıcı maddenin niteliğine, cinsine ve kalitesine göre ne kadar sürede ne kadar madde kullanabileceğine ilişkin olarak bilimsel rapora dayanmak bir yana herhangi bir değerlendirme dahi bulunmadığı sıklıkla görülmektedir.<sup>54</sup> Aynı şekilde, Yargıtay'ın ölçütlerinden olan, maddenin alım değeri ile sanığın gelir durumu arasında bir karşılaştırma ve değerlendirmeye de gerekçelerde rastlanmamaktadır. Bu durumun, adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olan gerekçeli karar hakkını da<sup>55</sup> ihlal ettiği açıktır. Uygulamada, kilo ölçülerindeki eroin örneğinde olduğu gibi ele geçen maddenin vahim miktarlarına ilişkin örneklerin nispeten çok daha az olduğu ve yargı kararlarının önemli bir kısmının kritik değerler etrafında olduğu da özellikle belirtilmelidir.

<sup>53</sup> Koç, s. 1156, 1186.

<sup>54</sup> Madde miktarının diğer ölçütlerle birlikte değerlendirilmesi ve failin hangi süre ile hangi miktarda madde bulundurabileceğinin tespit edilmesi gerektiği ancak uygulamada sıklıkla madde miktarının ve kimi zaman paket sayısının esas alındığı, buna karşılık Yargıtay'ın bir sınır miktar belirtmekten kaçındığı görüşü için bkz. Koç, s.1185.

<sup>55</sup> Gerekçeli karar hakkı için bkz. M.Nedim Bekri, "Gerekçeli Karar Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2014, S. 3, s. 205-228.



Yargıtay, madde miktarının, failin amacının belirlenmesinde yardımcı olabileceğini ancak tek ölçüt olamayacağını ve ayrıca kişisel kullanım için kabul edilebilecek miktarın, madde özelliklerinin yanısıra kişinin fiziksel ve ruhsal yapısına göre değişiklik gösterdiğini ifade etmektedir. Buna karşılık, TCK'nın 188/3. maddesinden, eşik miktara odaklanıp sanığın kişisel durumuna ilişkin herhangi bir bilimsel rapora dayanmayan ve gerekçesi bu hususta bir değerlendirme de içermeyen mahkumiyetleri bu yönüyle bozan Yargıtay kararlarına rastlanmamaktadır. Ayrıca, esas alınan eşik miktarın kararda belirtilmemesi denetime imkan vermediği gibi özellikle metamfetamin<sup>56</sup> gibi son yıllarda kullanımı arttığı anlaşılan maddelere ilişkin olarak tüm mahkemelerin birbirleriyle uyumlu ve istikrarlı bir eşik miktar uyguladığından söz etmek de mümkün değildir.

Belirtmek gerekir ki uygulamada fiilen eşik miktarların esas alınıyor olmasının, somut olayda bu miktarlar söz konusu ise uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun zaten olduğu düşüncesiyle savunmaların dikkate alınmaması, vücuttan kan ve benzeri örnek alınması dahil sanığın lehine olabilecek delillerin toplanmaması,<sup>57</sup> dosyanın bir kısmına odaklanılıp diğer hususların gözardı edilmesi sonucunu da doğurabildiği gözlenmektedir. Bu yönde bir uygulamanın; Yargıtay kararlarında vurgulandığını gördüğümüz, tüm ölçütler ile delillerin ve suç konularının somut olayın özelliklerine göre bir bütün olarak dikkate alınıp değerlendirilmesi gereği ile toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp diğer kısmı göz ardı edilerek oluşan kanaate dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulması yasağına ve neticeten de adil yargılanma hakkına aykırı olduğu açıktır. Öte yandan, soruşturma ve yargılama süreci diğer delillerin kaybıyla sürerken, doğrudan sanığın üzerinden veya fiili egemenlik alanından ele geçirilmemiş olan eşik miktarın üzerindeki maddelerin sanığa ait olmadığı da sonradan ortaya çıkabilmektedir.

<sup>56</sup> Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nın, metamfetamin adlı uyarıcı maddeye ilişkin olarak oybirliği ile verdiği 26.10.2020 tarih ve 40968900-101.01.02-2020/88087-334326/10/2020 sayılı mütalaada "günlük, aylık, yıllık kullanım miktarı hususunda bir değerlendirme yapılamadığı, alınan madde miktarı ve bireysel özelliklere bağlı olarak maddenin kişi üzerindeki etkisi ve bu etkinin sona erme süresinin değişkenlik gösterdiği" tespiti yapılmıştır. (<https://www.ferhatbulut.av.tr/makaleler/yargitay-kararlari-isiginda-uyusturucu-maddesinin-kisisel-kullanim-sinirlari>, E.T.: 20.06.2022).

<sup>57</sup> Koç, s. 1186.

### 3.b. Kolluk Tutanağı İçeriklerinin Doğrudan Mahkumiyete Dayanak Yapılması

Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin bulunduruluş biçiminin, bu kapsamda uyuşturucunun çok sayıda özenli olarak hazırlanmış küçük paketçikler halinde olması, her paketçinin içine hassas biçimde yapılan tartım sonucu aynı miktarda uyuşturucu madde konulmuş olması, uyuşturucu maddenin ele geçirildiği yerde veya yakınında, hassas terazi ve paketlemede kullanılan ambalaj malzemelerinin bulunması gibi hususların da kullanım dışındaki amaç için önemli belirtiler olarak kabul edilmesinin yerinde olduğu ve yargı makamlarınca dikkate alınmasının gerekliliği ortadadır. Bununla beraber, yakalama, arama, elkoyma ve benzeri kolluk tutanaklarında çok sık görülen ve kimi zaman subjektif nitelendirmeler de içeren “satışa hazır vaziyette”, “özenle paketlenmiş”, “fişeklenmiş” gibi şablon ifadelerin yargı makamlarınca sorgulanıp tartışılmaması uygulamada yaygın ve önemli bir sorundur. Bilindiği üzere, CMK’nın 217/1. maddesi uyarınca hüküm ancak duruşmaya getirilmiş ve hakim huzurunda tartışılmış delillere dayandırılabilir. Oysaki kolluk tutanaklarında yer alıp failin niyetine dair de yargı oluşturan söz konusu ifadeleri içeren tutanaklar, çok zaman iddianamelere aynı şekilde konulup bu nitelendirmelere dayanılarak cezalandırma talep edilmektedir. Mahkemeler de elkonulduğu haliyle doğrudan temas edemedikleri ve dosyada fotoğrafları da bulunmayan maddelerin ve paketlerinin iddia edilen nitelendirmelerine, mahkumiyet hükümlerinin gerekçelerinde sıklıkla yer vermektedirler. Söz konusu nitelendirmelerin, kovuşturma aşamasında da hiç tartışılıp sorgulanmadığı, tutanağı tanzim eden görevlilere “satışa hazır vaziyet” ten veya “özen” den kastın ne olduğu gibi sorular sorulmadığı ve sanığa da açıklama yapma imkanı tanınmadığı ifade edilmelidir. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki tutanak tanzim etmiş olup duruşmalarda herhangi bir nedenle tanık sıfatıyla dinlenen görevlilerin de sıklıkla, “üzerinden zaman geçtiği için olayı -yeterince- hatırlamadıklarını, tutanak içeriğinin doğru olduğunu” beyan etmeleri ve mahkemelerce de bu beyanların yeterli görülmesiyle gerçek anlamda tanıklara soru sorulmasına ve delillerin tartışılmasına imkan tanınmaması da yaygın bir uygulama olarak gözlenmektedir. Kolluk tutanaklarına ve tanık dinlenilmesine ilişkin söz konusu uygulamaların, sanıkları, özellikle bu tutanaklara dayanan iddia makamı karşısında dezavantajlı duruma sokmak suretiyle, adil yargılanma haklarını ihlal ederek mahkumiyet

sonucuna götürdüğü ortadadır. Buna karşılık Yargıtay'ın, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçundan mahkumiyetlerin bu yönüne ilişkin olarak etkin bir denetiminden söz etmek mümkün değildir.

Belirtmek gerekir ki farklı yönde Yargıtay kararları bulunmaktaysa da ele geçen maddelerin kolluk tutanaklarında yer aldığı şekliyle gerçekten "fişetlenmiş", "birbirine yakın miktarlarda paketlenmiş" veya benzeri durumda olmalarının da mutlaka failin, satış gibi kullanma dışında bir amacını ispatladığını iddia etmek mümkün değildir. Gerçekten de kullanıcı olan failin, maddeleri satıcı şahıslardan belirtilen halleriyle satın almış olması da mümkündür.<sup>58</sup> Buna karşılık uygulamada, delillerin toplanması konusunda daha detaylı değinileceği üzere, kolluk tarafından yakalanan failin, satın almaya ilişkin beyanlarına sıklıkla itibar edilmediği ve failin beyan ettiği yerde satıcı kişilerin araştırılmadığı görülmektedir. Böylece fail hakkındaki süreç, madde ticareti suçuna ilişkin erken kanaate dayanan eksik araştırmayla başlayıp, şüpheden yararlandırma söz konusu olmaksızın aynı kanaate dayanan mahkumiyetle sonuçlanmaktadır.

## II. DELİLLERİN TOPLANMASI ve DEĞERLENDİRİLMESİ

TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna ilişkin olarak yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, delillerin toplanması ve değerlendirilip hükme esas alınması hususunda aşağıda değineceğimiz bazı önemli sorunlara yaygın şekilde rastlanmaktadır.

### A. Toplanmayan ve Kaybına Neden Olunan Deliller

Uygulamada, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna ilişkin olarak yürütülen soruşturmalarda, toplanarak dosya kapsamına alınması gereken bazı önemli delillerin toplanmadığı ve kaybına neden olduğu gözlenmektedir. Aşağıda görüleceği üzere, gecikilmeden toplanma gereği nedeniyle soruşturma makamlarının bu hususta gereken adımları atmamaları sonrası, kovuşturma aşamasında yapılabilecek fazla birşey kalmamakta, mahkemelerden ancak meydana gelen sonucu sanık lehine yorumlamaları beklenebilmektedir.

<sup>58</sup> Koç, s.1182.

Bazı önemli delillerin soruşturma makamlarınca toplanmama nedenleri olarak, -tutuklama kararları ve tutukluluk halinin devamına dair kararlar ile bu yöndeki savcılık taleplerinin birçoğundan da anlaşılacağı üzere- failin TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen suç uşlediğı ve 191/1. maddede düzenlenen kullanmak amacıyla bulundurma suçunun söz konusu olmadığı ve bu itibarla da fail açısından sonucun değışmeyeceğı yönündeki erken kanaat, yukarıda gördüğümüz üzere uygulamanın madde miktarına odaklanma eğilimi ve ağır bir suçun söz konusu olması nedeniyle elde edilmiş olan delillerin mahkumiyete yeterli olacağı düşüncesi sayılabilecektir. Öte yandan, bütün bu nedenlere de bağılı olarak soruşturma ve kovuşturma makamlarının, sıklıkla kolluk tutanakları ile kriminal rapor üzerinden ilerlemek suretiyle soruşturmanın ve kovuşturmanın genişletilmesinden kaçındıkları ve hızla iddiaaneme ile hüküm aşamasına geçtikleri de ifade edilmelidir.

### 1. Failin Vücudundan Tetkik İçin Örnek Alınmaması

Failin amacının tespitinde, Yargıtay tarafından da benimsendiğı üzere, failin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıcısı olup olmadığı hususunun da önemli bir ölçüt olduğu daha önce ifade edilmişti. Nitekim, madde kullanıcısı olduğu ve maddeyi kullanmak için aldığı, bulundurduğu savunmasında bulunan ancak geçmişinde madde kullanmaya ilişkin bir yargı kararı bulunmayan failin, kullanıcı olmadığına tespiti savunmasını çürütecekken, gerçekten kullanıcı olduğunun tespiti halinde lehine bir delil söz konusu olacaktır. Bu itibarla, failden, maddelerin belli sürelerle vücuttan atılması nedeniyle gecikilmeksizin ve usulüne uygun (CMK m. 75) şekilde kan, idrar ve benzeri örnekler alınarak, bu örneklerde uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunup bulunmadığının bilimsel yöntemlerle tespiti gerekmektedir.

Buna karşılık uygulamada, soruşturma aşamasında gerçekleştirilmesi gereken söz konusu işlemlerin hiç yapılmadığı, bu yönde bir karar alınmadığı, gerekli talimatların verilmediğı ve bilimsel bir araştırmaya dayanması nedeniyle güvenilir bir delil olan bu yöndeki tespitin dosya kapsamına alınmayarak delil kaybına neden olduğu son yıllarda sıklıkla görülmektedir. Daha önce de temas edildiğı üzere, bu yöndeki tutumun, failin TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen suç uşlediğı ve 191/1. maddede düzenlenen kullanmak amacıyla bu-

lundurma suçunun söz konusu olmadığı yönündeki erken kanaatten kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Oysa ki, bu yönde bilimsel bir tespit, hangisinin oluştuğunun belirlenmesine yarayacağı üzere her iki suç açısından da dikkate alınması gereken bir delildir. Belirtmek gerekir ki failin lehine de olabilecek söz konusu delilin savcılık tarafından toplanmamış olmasının fail hakkında olumsuz bir kanaat ve sonuç doğurması mümkün olmayıp, bu yönde oluşacak şüpheli durumdan temel kural gereğince sanığın yararlandırılması gerekmektedir. Buna göre, fail madde kullanıcısı olduğunu beyan ediyorsa, sanığın vücudundan örnek alındığı ve yapılan incelemede uyuşturucu ya da uyarıcı maddeye rastlanıldığı kabul edilmeli ve tüm deliller bir bütün olarak değerlendirilmelidir.

## 2. Parmak İzi Araştırılmaması

Suç konusu uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin şüphelinin üzerinden ele geçirilmediği ancak kendisine ait olduğunun iddia edildiği ve şüphelinin de maddelerin kendisine ait olmadığını beyan ettiği durumlarda, suç konusu maddelere ilişkin paketler, ambalajlar ve metal kutular ile maddelerle beraber bulunan hassas terazi gibi teknik olarak parmak izi bırakmaya uygun materyaller üzerinde parmak izi araştırılması yapılması ve bulunan izler ile şüphelinin parmak izlerinin karşılaştırılması son derece önemli bir delildir. Nitekim Yargıtay'ın yerinde olarak, benzer olaylarda bu yönde bir tespit yapılması gerekirken yapılmadığı için eksik araştırmayla hüküm kurulduğundan bahisle bozma kararları verdiği görülmektedir.<sup>59</sup> Buna karşılık, maddelerin şüp-

<sup>59</sup> "Sanığın aşamalarda savunmalarında, ele geçen uyuşturucu maddelerin kendisine ait olmadığını beyan ettiği anlaşılmakla; sanığın parmak izi örneğinin alınıp, İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığı adli emanetinin 2018/21451 sırasında bulunan "tüm ambalajlar ve mixed fruit drops ibareli kapaklı metal kutu" ile 2018/17862 sırasında bulunan "bir adet hassas terazi" üzerinde parmak izi bulunup bulunmadığının araştırılması, herhangi bir iz bulunması durumunda bu izlerin sanığa ait olup olmadığının belirlenmesi amacıyla Adli Tıp Kurumu veya uzman bir kurum ya da kuruluşa inceleme yaptırılmasından sonra sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulması", Yargıtay 10. CD. 03.11.2021, 2020/1449 E. , 2021/11118 K.; "Ceza yargılamasının amacı doğrultusunda, maddi gerçeğin kuşkuya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılabilmesi bakımından; a- Sanığın aşamalarda savunmalarında, arama yapılan evde ele geçen uyuşturucu maddelerin kendisine ait olmadığını ve ...'a uyuşturucu madde satmadığını beyan etmesi karşısında; sanığın parmak izi örneğinin alınıp, ... Cumhuriyet Başsavcılığı adli emanetinin 2019/ 5167 sırasında

helinin üzerinden ele geçirilmediği pek çok olayda kolluk çıplak elle gelişgüzel olarak materyallere el koyduğu gibi parmak izi araştırması yapılmadığı ve muhtemel izler usule uygun şekilde korunmaksızın laboratuvar incelemesi, adli emanet süreçlerinin devam ettiği görülmektedir. Bu itibarla, kovuşturma aşamasında veya kanun yolu incelemesinde parmak izi araştırması ve karşılaştırılmasına yönelik karar verilse de, esasında elde edilmek istenen, zamanında muhafaza edilip toplanmayarak kuvvetle muhtemel olarak kaybına neden olunmuş bir delildir. Açıktr ki böyle bir durumda, suç konusu maddelerin sanığa ait olduğunun kabulü ancak bu hususun hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı başka delillerle ispatlanmış olması halinde mümkün olacaktır.

Uygulamada şüpheli kişinin, uzaktan gözlenirken veya kaşarken suç konusu maddeleri içeren paketleri, poşetleri yol kenarı veya çöp konteynırı gibi bir yere attığını bildiren kolluk tutanaklarına sıklıkla rastlanmaktadır. şüphelinin inkar ettiği ve kamera kaydının da bulunmadığı bu tür olaylarda da, gerçekte bir nesne atıldığı ispatlanmış olsa dahi bu nesnenin ele geçirilen uyuşturucu veya uyarıcı madde olup olmadığının mahkumiyete yeterli kesinlikte ispatı için de parmak izi delilinin muhafazasının ve araştırılmasının yerinde olacağı ifade edilmelidir.

### 3. Bildirilen Satıcının ve Alım Yapılan Yerin Araştırılmaması

Kendisinden uyuşturucu veya uyarıcı madde ele geçirilen faillerin pek çok sefer, alım yaptıkları yer ve zaman ile torbacı olarak tabir edilen satıcı kişinin, bilinen adını ve eşgal bilgilerini beyan ettikleri ancak buna rağmen bu hususta çok zaman herhangi bir araştırma yapılmadığı, bu yönde bir savcılık talimatının bulunmadığı görülmektedir. Gereklı araştırmalar yapılmaksızın, failin beyanlarının suçtan kurtulmaya yönelik beyan olarak değerlendirilmesinin mümkün olmamasına rağmen, yürürken ya da araçta yakalanan failin, hemen az önce alım yaptığını beyan ettiği hallerde dahi araştırmama yönündeki tutum çoğu

---

bulunan "ambalajlar ve hassas terazi" üzerinde parmak izi bulunup bulunmadığının araştırılması, herhangi bir iz bulunması durumunda bu izlerin sanığa ait olup olmadığının belirlenmesi amacıyla Adli Tıp Kurumu veya uzman bir kurum ya da kuruluşa inceleme yaptırılması", Yargıtay 10. CD 23.11.2021, 2020/4371 E. 2021/12325 K.

zaman değişmemektedir. Oysaki failin beyanları doğrultusunda yapılması gereken araştırmayla, satıcı kişinin başkasına da satış yaparken veya satışa arz ettiği maddelerle yakalanması, satışa ilişkin olarak olay yerini gören kamera kaydı görüntüsü veya tanık bulunması ihtimal dahilindedir ancak bu imkan dikkate alınmamaktadır. Failin kullanma dışında amacını gösteren somut hareketlerinin tespit edilemediği bir durumda, tüm ölçütler ve deliller de birlikte değerlendirileceği üzere, söz konusu delillerin önemi ortadadır. Konuya ilişkin olarak kovuşturma aşamasında yapılan taleplerin de genellikle, olayın üzerinden zaman geçmiş olduğu ve herhangi bir sonuç elde edilmesinin mümkün olmadığı ya da sonucun dosyaya bir katkısının olmayacağı gerekçesiyle reddedildiği görülmektedir. Böylece, bazı önemli delillerin toplanması mümkünken toplanmayarak kaybına neden olduğu ve failin adil yargılanma hakkının ihlal edildiği açıktır. Bu itibarla, Yargıtay'ın bu hususta sıkı denetiminden söz etmek mümkün değilse de mahkemelerce tüm ölçütler ve deliller birlikte değerlendirilirken, gri bırakılan söz konusu alanın failin lehine yorumlanması gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki kullanma amacının tespitine yönelik olarak failin lehine olabilecek önemli delillerin toplanmamış olması, uygulamadaki söz konusu yaklaşımın tek sonucu değildir. Bu yaklaşımın diğer bir sonucu da failin, TCK'nın 192. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmasının en başta fiilen engellenmiş olmasıdır. Öte yandan, failin, madde alımına ilişkin beyanları doğrultusunda yapılacak araştırmayla hem gerçek veya daha kapsamlı suç faillerinin yakalanması hem de daha büyük miktarlarda uyuşturucu veya uyarıcı madde ele geçirilmesi mümkündür. Failin beyanlarının doğruluğunun tespiti sonrası, yerinde takip ve araştırmalarla torbacı olarak tabir edilen kişiden de öteye gidilmesi şüphesiz daha da faydalı sonuçlar verebilecektir. Nitekim, torbacı olarak tabir edilen alt kategorilerdeki satıcıların önemli bir kısmının, maddeye bağımlı hale getirilmiş, ekonomik durumu iyi olmayan kişilerden oluştukları ve bu özelliklerinin kullanılmasıyla suça itildikleri gözlenmektedir. Bu itibarla, aslında kendileri de uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin mağduru olan söz konusu faillerin nihai amaç olarak görülmemeleri gerekmektedir. Deyim yerindeyse bataklığın kurutulmasının, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun ihdasıyla korunması amaçlanan huku-ki yararı çok daha etkin koruyacağı açıktır.



#### 4. İhbarcının Kimliğinin Araştırılmaması ve Tanık Sıfatıyla Dinlenilmemesi

Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçlarına ilişkin soruşturma işlemlerinin çok zaman kimliği belirsiz bir kişinin “*madde satışına*” ilişkin ihbarıyla başladığı bilinmektedir. Kolluk tutanaklarına meçhul bir kişi olarak geçen ihbarcı kişinin, hangi telefon numarasından aradığı veya görevlilere başka hangi suretle ulaştığı, ihbar içeriğindeki bilgiyi nasıl edindiği ve güvenilirliği gibi hususların cevapsız kalmasına karşılık, ihbara ilişkin olarak arama dahil tüm soruşturma işlemlerinin gerçekleştirilmesi uygulamada önemli bir sorundur. İhbarcının, güvenliğinin sağlanabilmesi için kimliğinin gizli tutulmasının veya kolluğun bizzat elde ettiği istihbari bilgiyi adli alana aktarma işleminin söz konusu olduğu düşünülebilirse de, tutanakta yer alan “*satışa ilişkin ihbar*” gibi ibarelerin, bu yönde hiçbir hareket tespiti olmamasına rağmen, ele geçirilen madde miktarından da bağımsız olarak failin satış veya mezkur suçu oluşturan bir başka eylemi gerçekleştirirken yakalanmış gibi bir sonuç doğurmasına neden olduğu görülebilmektedir. Yargıtay bozma kararlarında isabetli olarak, sanıkların, kendilerinden ele geçirilmemiş olan uyuşturucu veya uyarıcı maddeler ile ilgileri olduğu veya kendilerinden ele geçirilen maddelerin kullanma dışında bir amaçla bulundurulduğu hususlarında salt ihbarın mahkûmiyet için yeterli bulunmadığı görülmektedir.<sup>60</sup> Öte yandan, Yargıtay, ihbar-

<sup>60</sup> “Kendisinde herhangi bir uyuşturucu ya da uyarıcı madde ele geçmeyen sanığın savunmasının aksine, yakalandığı yerin 2 metre ilerisinde duvarda ele geçen uyuşturucu maddelerle ilgisi olduğuna dair ihbarcının soyut beyanı dışında her türlü kuşkuyu aşan, yeterli ve kesin delil bulunmadığı gözetilmeden, beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi”, Yargıtay 10.CD 30.06.2021, 2021/4156 E.-2021/8290 K.; “Suç tarihinde ihbar üzerine devriye görevindeki polislerin olay yerine intikal ettiği sanıkların üzerinde yapılan aramada suç unsuruna rastlanmadığı ancak ihbarcı ile iletişime geçildiğinde sanıklara 10 -15 metre mesafede bulunan internet kafenin karşısındaki merdivene uyuşturucu maddeyi sakladıklarını ve buradan alarak satış yaptıklarını söylemesi üzerine söz konusu yerde 3 paket halinde net 8,5 gr esrar maddesinin ele geçirildiği, uyuşturucu madde paketlerinin üzerinde sanık ...’un parmak izinin tespit edildiği, sanıktan ele geçirilen uyuşturucu maddeleri satma veya başkasına verme gibi kullanma dışında bir amaç için bulundurulduğuna dair mahkûmiyetine dair yeterli her türlü şüphe den uzak, kesin ve yeterli delil bulunmadığı anlaşıldığından, ele geçirilen uyuşturucu madde miktarı da dikkate alındığında, sanığın eyleminin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi”, Yargıtay 10. CD 24.06.2020, 2019/2823 E.-2020/3300 K.

cının kimlik bilgilerinin tespit edilerek tanık sıfatıyla dinlenmek suretiyle olay ve sanık hakkındaki bilgi ve görgüsü hususunda beyanının alınmaması nedeniyle de bozma kararları vermektedir.<sup>61</sup> Buna karşılık mahkemeler, ihbarcının kimliğini araştırmayı, bilgi ve görgüsünün tespiti için tanık olarak dinlenmesini gerekli görmeyerek bu husustaki talepleri reddetmektedirler. Mahkumiyet kararlarının gerekçelerinde ise tanık güvenliği çerçevesinde CMK'nın 58/2-3 maddeleri ile 5726 Tanık Koruma Kanunu'nun somut olayda uygulanabilirliği hususunda bir değerlendirme de yapılmaksızın, sanık hakkında satış veya atılı suçu oluşturan bir başka eylemi gerçekleştirdiğine ilişkin "*ihbar bulunduğu*" ifadelerine sıklıkla yer verilmektedir. Yargıtay kararlarına da aykırı olan bu yöndeki mahkumiyet kararlarının, CMK'nın 217/1. maddesindeki, hükmün ancak duruşmaya getirilmiş ve hakim huzurunda tartışılmış delillere dayandırılabilmesi kuralı ile ihbar ve ihbarcıya karşı hiçbir yargısal imkanı bulunmayan sanıkların adil yargılanma haklarını ihlal ettikleri açıktır.

## B. Hukuka Aykırı Deliller

Bazı suçlar söz konusu olduğunda, zaman zaman hukukun temel kurallarının ihlal edilmesinin mazur görüldüğü gözlenebilmektedir. Bu kapsamda, özellikle gençlerin sağlığına yönelttiği büyük tehdidin ve suç ya da terör örgütlerinin finanse edilmelerini sağlamasının oluşturduğu hassasiyetle uyuşturucu ve uyarıcı madde suçları söz konusu olduğunda da kollukta ve hukuk uygulayıcılarında aynı yaklaşım söz konusu olabilmektedir. Hukuki ve insani dayanağı bulunmayan ve umulduğu gibi fayda sağlamayıp zararlara neden olan söz konusu yaklaşımın en önemli sonucu, hukuka aykırı deliller elde edilmesi ve sonrasında da bu delillerin mahkumiyet hükmüne dayanak yapılmasıdır.

<sup>61</sup> "Sanıkların savunmalarında suçu ve olay tutanağı içeriğini kabul etmediklerini beyan etmeleri karşısında, "buse343@hotmail.com" mail adresinden 155 polis imdat hattına yapılan ihbara ait olan ihbarcının kimliğinin tespit edilmesi, tanık sıfatıyla dinlenilmesi, dinlenmesinden sonra, sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi", Yargıtay 10. CD 06.10.2020, 2015/4486 E.-2020/4994 K.; "İhbarcının ilgili kolluktan kimliği tespit edilip tanık sıfatıyla usulünce dinlenmek suretiyle olay ve sanık hakkındaki bilgi ve görgüsü hususunda ayrıntılı beyanının alınması, sonucuna göre tüm deliller birlikte tartışılarak sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulması", Yargıtay 10 CD. 25.12.2019, 2016/2139 E.-2019/8956 K.

Öğretide, adil yargılanma hakkı kapsamındaki temel şüpheli/sanık hakları sağlanmaksızın elde edilen deliller olarak tanımlanan hukuka aykırı deliller tüm soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin dikkatli olmasını gerektiren bir konudur.<sup>62</sup> Belirtmek gerekir ki çok ağır bir suç söz konusu olsa da bir eylemin cezasız kalması, tüm hak ve özgürlüklerin teminatı olan hukukun üstünlüğünün herhangi bir sınırlanmaksızın delil elde ederek veya mahkumiyet hükmü vererek bertaraf edilmesinden daha ağır bir sonuç doğurmayacaktır. Nitekim, Anayasa'nın 36/1. maddesine 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la, hukuka aykırı delillere karşı da koruma sağlayan adil yargılanma hakkı eklenmiş ve herkese yargı mercileri önünde bu hak tanınmıştır. Bunun yanı sıra, Anayasa'da hukuka aykırı deliller ayrı ve açık bir düzenleme olarak da yer almaktadır. 38. maddenin beş ve altıncı fıkralarında, hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı ve kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların da delil olarak kabul edilemeyeceği hükümlerine yer verilmiştir. Söz konusu Anayasal kurallar doğrultusunda Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da (CMK), delil serbestisi ve vicdani delil sistemi ilkeleriyle beraber delillere hukuka uygunluk sınırı getirilmiştir. CMK'nın 217/2. maddesinde "*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*" düzenlemesine yer verilmiş ve 206/2. maddenin a bendinde de, kovuşturma aşamasında ortaya konulması istenilen bir delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunacağı öngörülmüştür. CMK'nın 148/3. maddesi gereği, yasak usullerle elde edilen ifadelerin, rıza ile verilmiş olsalar dahi delil olarak değerlendirilemeyecekleri de belirtilmelidir. Ayrıca, 230/1. maddenin b bendi uyarınca, mahkumiyet hükmünün gerekçesinde dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması ise temyiz incelemesinde CMK'nın 289/1. maddesinin i bendinde mutlak bozma nedeni olarak düzenlenmiş ve istinaf kanun yolu incelemesinde hükmün bozulmasının düzenlendiği 280/1. maddenin e bendinde de söz konusu düzenlemeye atıf yapılmıştır.

<sup>62</sup> Nurullah Kunter/Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2000, s. 506 vd.

Buna göre, CMK'nın 116 ve devamı maddeleri veya ilgili kanun hükümlerine aykırı olarak yapılan arama ve elkoyma işlemleriyle ya da gizli soruşturmacıların hukuk kurallarının belirlediği sınırlarını aştığı faaliyetlerle delil elde edilmesi örneklerinde olduğu gibi mevzuata aykırı olarak elde edilen deliller hukuka aykırı delillerdir ve bu delillerin hükme esas alınmaları mümkün değildir.

Anayasa'nın 90/5. maddesi uyarınca, kanunlara aykırılık halinde üstün tutulacak olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde adil yargılanma hakkı yer almaktadır. Söz konusu hakka uygunluğu denetleyen ve kararları ülkemiz için de bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), yargılamanın bütünüyle adil olup olmadığını belirlerken yargı organlarının hukuka aykırı delillere dayanmasını da değerlendirmeye almaktadır. İşkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının düzenlendiği 3. maddenin ihlaliyle elde edilen bir delil söz konusu olduğundaysa, bu delil mahkumiyet sonucunu doğurmamış olsa da adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kabul edilmektedir. Öte yandan, hukuka aykırı delil elde edilmesinde AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen "özel ve aile hayatına saygı hakkı"nın ihlali de söz konusu olabilmektedir.<sup>63</sup> Anayasa Mahkemesi'nin de ceza muhakemesinde hukuka aykırı deliller konusunda yapılan bireysel başvurulara ilişkin olarak AİHM'in yaklaşımını benimsediği görülmektedir.<sup>64</sup> Belirtmek gerekir ki Yüksek Mahkeme, CMK hükümlerine aykırı olarak hakim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri bulunmaksızın konutta yapılan aramada uyuşturucu maddeler ile hassas terazi ele geçirilen olaya ilişkin bireysel başvuruda, mahkumiyet hükmünün, belirleyici olarak hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen söz konusu delillere dayandırıldığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> Karen Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, Sweet&Maxwell Yay., Londra 2011, 151 vd.

<sup>64</sup> Bkz. konuya ilişkin temel kararlardan olan 01/02/2018 tarih ve 2014/4704 sayılı Orhan Kılıç kararı; 19.11.2014 tarih ve 2013/6183 sayılı Yaşar Yılmaz kararı; 4.11.2014 tarih ve 2012/542 sayılı Güllüzar Erman kararı (<https://kararlarbilgi-bankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 23.06.2022).

<sup>65</sup> 01.02.2018 tarih ve 2014/4704 sayılı Orhan Kılıç kararı (<https://kararlarbilgi-bankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 23.06.2022).

## 1. Hukuka Aykırı Arama ve Elkoymalar Sonucu Elde Edilen Deliller

### 1.a. Mevzuat ve Uygulamanın Genel Durumu

Koruma tedbirleri olan arama ve elkoyma işlemlerinin temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturduğu açıktır. Bu itibarla, söz konusu işlemler Anayasa'da da düzenlenerek sınırları belirlenmiştir. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın, belli sebeplere bağlı olarak ve belli sınırlar dahilinde ancak kanunla sınırlanabileceği belirtildikten sonra "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddenin ikinci fıkrasında, belirtilen sebeplere bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyasının aranmayacağı ve bunlara el konulamayacağı öngörülmüştür. Ayrıca, "Konut dokunulmazlığı" başlıklı 21. maddede de, belirtilen sebeplere bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemeyeceği, arama yapılamayacağı ve buradaki eşyaya el konulamayacağı düzenlenmiştir.

CMK'da arama ve elkoyma 116 ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. 116. maddede, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda "makul şüphe" bulunduğu takdirde şüphelinin veya sanığın üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya ona ait diğer yerlerin aranabileceği düzenlenmiştir. "Arama kararı" başlıklı 119. maddenin birinci fıkrası ise "Hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir" şeklindedir. Ayrıca, "Elkoyma kararını verme yetkisi" başlıklı 127. maddenin birinci fıkrasında, hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevli-

lerince elkoyma işleminin gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür. Aşağıda değinilecek Yargıtay kararlarında da görüleceği üzere, konuyla ilgili başka mevzuat hükümleri de bulunmaktadır. Bununla beraber belirtmek gerekir ki CMK'nun aramaya ilişkin hükümleri, şüpheli veya sanığın yakalanmasının ya da suç delillerinin elde edilmesinin amaçlandığı adli aramaya ilişkindir. Tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesinin amaçlandığı önleme araması ise 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) 9. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme gereği polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hakiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kağıtlarını ve eşyasını arayabilecek ancak konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamayacaktır.

Belirtilen Anayasal güvencelere ve detaylı düzenlemelere rağmen arama ve elkoymaların kanunda öngörülen usule uyulmadan gerçekleştirilmesi, elde edilen delillerin hukuka aykırı olmasında çok yaygın bir sebeptir. Bu durumun, hem uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçlarında hem de diğer bir çok suçta geçerli olduğu ifade edilmelidir. Bununla beraber, özellikle gençlerin sağlığına yönelttiği büyük tehdidin ve suç ya da terör örgütlerinin finanse edilmelerini sağlamasının oluşturduğu hassasiyet nedeniyle, uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları söz konusu olduğunda hukukun sınırları çok daha rahat zorlanabilmektedir. Uygulamada, hiçbir acele hal dahi bulunmaksızın, yakalama, arama, elkoyma ve diğer tüm adli işlemlerin kolluk tarafından resen tamamlanıp, CMK'nın 161/2. maddesine de aykırı olarak Cumhuriyet savcısına sonrasında bilgi verilmesine ve hukuka aykırı delil itirazları hiç değerlendirilmeksizin elde edilen delillerle mahkumiyet hükmü kurulmasına dahi rastlanabilmektedir. Çalışmamızın başında ifade edildiği üzere, hukuka aykırılıklar kanun yolu incelemesinde giderilse de yargılamaların tamamına yakınının tutuklama tedbiri uygulanarak yürütülmesi nedeniyle, cezaların önemli kısmı zaten fiilen infaz edilmiş olmaktadır.

Kolluk tutanaklarında sıklıkla, durdurma ve arama gibi bir çok işlemin dayanağı olarak "şahsın *tedirgin hareketler sergilemesi*" gibi subjektif ve muğlak ifadelerin kullanıldığı ve hayatın olağan akışı içerisinde-



deki olaylarda herhangi bir somut neden belirtilmediği görülmektedir. Ayrıca, çok zaman “kaba üst araması” adı altında detaylı arama yapıldığı gibi tutanaklarda, “şahsın cebinde kabarıklık görülmesi üzerine bunun ne olduğunun sorulduğu ve cebinden -birkaç gramlık- uyuşturucu maddeyi çıkarıp rızasıyla teslim ettiği”, “istenmesi üzerine evindeki uyuşturucu maddeleri ve hassas teraziyi rızasıyla getirdiği” veya “şahsın aramaya rıza gösterdiği” şeklinde ve benzeri ifadelerle sıklıkla rastlanmaktadır. Öte yandan, kolluk tutanaklarında çok defa, araçlarda bulunan maddelerin ve hassas terazilerin dışarıdan bakıldığına koltuk üstünde veya kapı açılınca kapı cebinde görüldüğü yönünde anlatımlara yer verilmektedir. Buna karşılık, daha önce maddelerin bulundurulmuş biçimine ilişkin kolluk nitelendirmeleri bahsinde değindiğimiz gibi, söz konusu ifadeleri içeren tutanaklar, çok zaman iddianamelere aynı şekilde konulup bu içeriklere dayanılarak cezalandırma talep edilmektedir. Aramaya neden rıza gösterildiği ya da aramaya gerek kalmaksızın neden rıza ile teslim yapıldığı, rızanın işlemi hukuka uygun hale getirip getirmediği, rıza ile aramanın ya da teslimin neden etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilmediği veya birkaç gramlık maddenin montta nasıl kabarıklık oluşturduğu, maddelerin ve hassas terazilerin neden görünür yerlerde tutulduğu gibi hususlar mahkemelerce de hiç tartışılıp sorgulanmadan, tutanağı tanzim eden görevlilere gerekli sorular sorulmadan ve sanığa da açıklama yapma imkanı tanınmadan, subjektif ve muğlak, zaman zaman hayatın olağan akışına aykırı söz konusu tutanak içerikleri mahkumiyet hükümlerinin gerekçelerinde sıklıkla yer alabilmektedir. Tutanak tanzim etmiş olup duruşmalarda herhangi bir nedenle tanık sıfatıyla dinlenen görevlilerin de sıklıkla, “üzerinden zaman geçtiği için olayı -yeterince- hatırlamadıklarını, tutanak içeriğinin doğru olduğunu” beyan etmeleri ve mahkemelerce de bu beyanların yeterli görülmesiyle gerçek anlamda tanıklara soru sorulmasına ve delillerin tartışılmasına imkan tanınmaması, arama ve elkoymalar konusunda da yaygın bir uygulama olarak gözlenmektedir. CMK’nın 217/1. maddesindeki hükmün ancak duruşmaya getirilmiş ve hakim huzurunda tartışılmış delillere dayandırılabilmesi kuralına da aykırı olan, kolluk tutanaklarına ve tanık dinlenilmesine ilişkin söz konusu uygulamaların, delillerin hukuka uygunluğunun tartışılmasına izin vermemek ve bu delillere dayanmak suretiyle sanıkların adil yargılanma haklarını ihlal ettiği ortadadır. Buna karşılık Yargıtay’ın,



uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçundan mahkumiyetlerde delillerin elde edilme usulünü, tutanak içeriklerindeki ifadelerin sıhhatini de sorgulamak suretiyle etkin denetiminden söz etmek mümkün değildir.

Kolluk tutanaklarının içerikleri tartışılmaksızın kabul edilmekle beraber, Yargıtay'ın hukuka aykırı deliller konusunda çok sayıda olumlu kararları bulunmaktadır. Diğer yandan Yargıtay'ın, bazı hallerde suçüstü kavramından hareketle ya da rızanın varlığına dayanarak ve ayrıca önleme kararlarının uygulama kapsamlarını genişleterek hukuka aykırı delillerin önünü açtığı görülmektedir.

### 1.b. Yargıtay'ın Hukuka Aykırı Delil Tespitleri

Yargıtay birçok kararında yerinde bir tespitle; mevzuata aykırı arama ve elkoymalar söz konusu olduğunda hem "suçun maddi konusu hem de "suçun delili" olan uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin hukuka aykırı yöntemle elde edilmeleri nedeniyle hukuka aykırı delil olduklarını ve Anayasa'nın 38/6, CMK'nın 206/2-a, 217/2 ve 230/1-b maddeleri uyarınca hükme esas alınamayacaklarını ifade etmektedir. Söz konusu kararlarda, CMK'nın 161 ve PYSK'nın Ek 6. maddelerine aykırı olarak soruşturma işlemlerine, adli olayın derhal Cumhuriyet savcısına haber verilip Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda devam edilmemesinin ve CMK'nın 116 ve 119. maddelerine uygun şekilde adli arama kararı ya da yazılı arama emri alınmadan arama ve elkoyma işlemleri yapılmasının hukuka aykırı oldukları vurgulanmaktadır.<sup>66</sup> Bu kapsamda, devam eden soruşturmada iletişim tespitinden faydalanılarak gidilen sokakta şahsın elindeki poşette,<sup>67</sup> sokak girişinde görevlileri fark ederek kaçan şahsın kovalanıp yakalanması sonrası bu kişinin iç çamaşırı içerisinde,<sup>68</sup> emniyete götürülen kişinin burada belindeki kemerinin arasında ve iç çamaşırının içerisinde,<sup>69</sup> denetimler kapsamında durdurulan taksideki kadın yolcunun, kadın görevli

<sup>66</sup> Örneğin bkz. Yargıtay CGK 14.10.2021, 2018/232 E.-2021/469 K.; 16.09.2021, 2019/96 E.-2021/401 K.; 17.06.2021, 2018/534 E.-2021/284 K. sayılı kararlar; Yargıtay 10. CD 03.11.2021, 2020/2029 E.-2021/11138 K.; 11.11.2020, 2020/6778 E.-2020/7292 K. sayılı kararlar; Yargıtay 20. CD 19.06.2019, 2017/5744 E. 2019/3698 K.

<sup>67</sup> Yargıtay CGK 14.10.2021, 2018/232 E.-2021/469 K.

<sup>68</sup> Yargıtay CGK 16.09.2021, 2019/96 E.-2021/401 K.

<sup>69</sup> Yargıtay CGK 17.06.2021, 2018/534 E.-2021/284 K.

bulunmaması nedeniyle hastaneye götürülüp burada iç çamaşırında,<sup>70</sup> otobüs terminalindeki denetimler esnasında durumundan şüphelenilen kişinin otobüsün el bagajı bölümüne yerleştirdiği spor çantada,<sup>71</sup> durdurulan aracın bagajında<sup>72</sup> kolluk tarafından adli arama kararına ya da Cumhuriyet savcısının yazılı arama emrine dayanılmaksızın arama yapılarak ele geçirilen maddeler hükme esas alınamayacak hukuka aykırı deliller olarak değerlendirilmiştir. İlgili Ceza Genel Kurulu kararlarında, yapılan işlemlerin PVSK'nın 4/ A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak alınacak tedbirler kapsamında yoklama ve kontrol olarak nitelendirilemeyecekleri ve suçüstü halinin de bulunmadığı ifade edilmektedir.

### 1.c. Yargıtay'ın Suçüstü Hali Değerlendirmeleri

Yargıtay'ın, bazı hallerde yapılan arama işlemini "suçüstü" kavramından hareketle CMK'nın 119. maddesine tabi görmeyerek kolluğun hukuka aykırı arama sonucu elde ettiği delilleri hukuka uygun bulduğu kararlara da rastlanmaktadır. Nitekim, Ceza Genel Kurulu'nun 26.06.2018 tarihli kararında,<sup>73</sup> daha önceden hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan işlem yapılması nedeniyle tanınan sanığın, sokakta bekleyen bir aracın ön yolcu koltuğuna bindiğinin ve söz konusu aracın cadde üzerinden dönüş yaparak başka sokağa girdiğinin anlaşılması üzerine, görevlilerce söz konusu sokağa gidilip park halindeki araca yaklaşıldığı, sürücü koltuğunda oturan tanığın elinde 20 TL bulunduğunun ve sağ ön yolcu koltuğunda oturan sanığın ise tedirgin davranışlar sergilediğinin görüldüğü, ardından sanık ile tanığın araçtan indirildiği, görevlilerce aracın içine bakıldığında sürücü koltuğu ile sağ ön koltuk arasında açıkta ve görünür şekilde bir paket eroinin ele geçirildiği olayda, CMK'nın 2. maddesinin j bendi ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 4. maddesinde tanımı yapılan suçüstü halinin mevcut olduğu gerekçesiyle bir arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığına ve suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelerin ele geçirilip muhafaza

<sup>70</sup> Yargıtay CGK 06.05.2021, 2019/329 E.-2021/208 K.

<sup>71</sup> Yargıtay CGK 23.02.2021, 2018/403 E.-2021/49 K.

<sup>72</sup> Yargıtay 20. CD. 19.06.2019, 2017/5744 E. 2019/3698 K.

<sup>73</sup> Yargıtay CGK 26.06.2018, 2016/761 E.-2018/305 K. Aynı yönde bir diğer karar için bkz. 23.05.2017, 2016/274 E. -2017/293 K.

altına alınmasının hukuka uygun olduğuna, hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceğine hükmedilmiştir. Yargıtay'a göre, PVSK'nın Ek 4. maddesi uyarınca, bir suçla karşılaştığında hizmet branşına bağlı olmaksızın suça el koymak ve delilleri tespit edip muhafaza altına almak ile görevli ve yetkili olan kolluk görevlileri, mesleki tecrübelerine ve içinde buldukları durumdan edindikleri izlenime göre, daha önceden hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan işlem yapıldığı için tanınan sanığın davranışları, cadde üzerinde beklemekte olan tanığın yönetimindeki araca binmesi ve söz konusu aracın da hareket edip yakındaki bir sokağa girmesi nedeniyle işlenmekte olan bir suçun varlığından şüphelenmişlerdir. Görevlilerce söz konusu sokağa gidilip park halindeki araca yaklaşıldığında sürücü koltuğunda oturan tanığın elinde 20 TL olduğunun, sanığın da tedirgin davranışlar sergilediğinin görülmesi işlenmekte olan bir suçun varlığına ilişkin şüpheyi daha da arttırmış, bu makul sebep nedeniyle görevlilerce sanık ile tanığın araçtan inmeleri istenmiş, sanık ile tanığın üzerinde ve söz konusu araçta silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşya bulunabileceği hususunda yeterli şüphenin oluşması nedeniyle PVSK'nın 4/A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak alınması gereken tedbirler kapsamında aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünen kısımları kontrol edildiğinde, sürücü koltuğu ile sağ ön koltuk arasında açıkta ve görünür şekilde bulunan suç konusu uyuşturucu madde ele geçirilmiştir. Sanık temadi eden satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçunu işlediği şüphesiyle yakalanmıştır. Bu durumda CMK'nın 2. maddesinin j bendi ile Yönetmelik'in 4. maddesinde tanımı yapılan "suçüstü" hali mevcuttur. Görevi suçun işlenmesini önlemek ve kamu düzeni ile güvenliğini sağlamak olan kolluk, olay yerinde gerçekleştirdiği devriye görevi sırasında, sanık ve işlenen suçla ilgili önceden alınmış bir ihbar ya da istihbari bilgi olmaksızın, ilk defa işlenmekte olan bir suçla, diğer bir anlatımla "suçüstü" hali ile karşılaşmıştır. Bu nedenle kolluk, CMK'nın 90/4. maddesi ile PVSK'nın 13/1-A ve Ek 6. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak, suç delillerinin kaybolmaması için derhal gerekli tedbirleri alıp uyuşturucu maddeleri muhafaza altına aldıktan sonra, uyguladığı tedbirler ile somut olay hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi vermiş ve emirleri doğrultusunda soruşturma işlemleri başlamıştır. PVSK'nın Ek 6. maddesini açıklayıcı nitelikte olan Yönetmelik'in 8. maddesinin f bendindeki düzenlemeye göre de;

suçüstü halinde ayrıca bir arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmamaktadır. Görüldüğü üzere Yargıtay, kolluğun yaptığı işlemi, kaybolmaması için suç delillerinin muhafaza altına alınması olarak nitelendirmektedir.

Yargıtay'ın, yapılan arama işlemini "suçüstü" kavramından hareketle CMK'nın 119. maddesi kapsamında görmediğini ifade ettiği söz konusu kararı öğretide yerinde olarak eleştirilmiştir. Buna göre, karardaki bakış açısının hukuki dayanağı Anayasa'ya aykırıdır ve normlar hiyerarşisini de bozmaktadır. Aramanın yapıldığı her durumda Anayasa'nın 20. maddesinin emredici hükmü gereği, aracın görünen yeri olsun veya olmasın, önleme aramasının veya adli aramanın gereklerine uyulmalı ve önleme araması söz konusu ise PVSK'nın 9. maddesi, adli arama söz konusu ise CMK'nın 119. maddesi uygulanmalıdır. Kararında "makul sebep" ve "yeterli şüphe" kavramlarını objektif kriterlerle açıklamayan Yargıtay, hayatın olağan akışına uygun olan kolluk tarafından bilinen bir kişinin bir başka kişinin aracına binmesini, aracın bir sokağa girmesini, bu sokakta durmasını ve araçta bulunan şahıslardan birisinin elinde 20 TL olmasını takip, durdurma ve kontrol için uygun bulmuştur. Ayrıca, paket ve para alışverişi görülmeyen karara konu olayda, kolluğun gördüğü maddenin uyuşturucu olduğunu uzaktan bakarak anlaması mümkün değildir. Eroin olduğu düşünülen madde nedeniyle bir suçüstü hali değil adli aramanın şartı olan, suç işlendiğine veya işlenecek olduğuna ilişkin makul bir şüpheye işaret eden bir durum söz konusudur. Bu itibarla, arama yapılabilmesi CMK'nın 119. maddesi uyarınca hakim kararı veya yazılı emir gerekmektedir. Buna karşılık Yargıtay, hukuka aykırı delillere hukuki dayanak bulma amacıyla Anayasa'nın 38/6. maddesi, 13. maddesi, 20/2. maddesi ile CMK'nın 116. maddesi hükümlerine rağmen, Yönetmelik ve PVSK hükümlerinin soyut ve sübjektif yorumuyla, Anayasa, kanun ve yönetmelik şeklindeki normlar hiyerarşisini gözardı eden bir bakış açısı geliştirmiştir. Bu durum, mevzuatın sorunlu olmasına ve toplumu koruma amacına dayansa da, hem yargının kanunkoyucu gibi davranmasıyla kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal etmekte hem de hukuk devleti ilkesinin önemli unsurlarından olan hukuki öngörülebilirliği bertaraf etmektedir.<sup>74</sup> Bu noktada, PVSK'nın 4/A maddesinin altıncı

<sup>74</sup> Ersan Şen/Filiz Demirbükler, "Suçüstü Halinde Arama", 05.12.2018, <https://www.>

fıkrasına eklenen üçüncü cümlelerin “kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dahilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hallerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir” bölümünü iptal eden Anayasa Mahkemesi’nin 04.05.2017 tarihli kararına da<sup>75</sup> değinmek yerinde olacaktır. Kararda söz konusu kanun değişikliği, Anayasa’nın 20. maddesine iki yönden aykırı bulunmuştur. Bunlardan ilki, gecikmesinde sakınca bulunmayan hallerde de hakim kararı olmaksızın arama yapılmasına imkan tanınmasıdır. Anayasa’ya aykırı bulunan diğer yön ise gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça arama yapılması mümkün değilken acele hallerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emirle de arama yapılabilmesinin öngörülmesidir. Anayasa Mahkemesi’nin gayet yerinde olan söz konusu kararı da dikkate alındığında, Yargıtay’ın, yapılan arama işlemini “suçüstü” kavramından hareketle CMK’nın 119. maddesi kapsamında görmeyerek kolluğun hukuka aykırı arama sonucu elde ettiği delili hukuka uygun bulduğu kararna yönelik eleştirilerin haklılığı daha da iyi anlaşılmaktadır.

### 1.d. Adli Arama ile Önleme Aramasının Kapsam ve Sınırları

Adli arama ile önleme aramasının kapsam ve sınırları da hukuka aykırı deliller açısından önemli bir konudur. Esasen, baştan itibaren CMK’nın 160. maddesi ve buna bağlı 116. maddede öngörülen basit şüphe ile birlikte adli arama için gerekli makul şüphenin bulunduğu hallerde önleme aramasına dayanılamayacağı ve ancak adli arama ile sonrasında elkoymanın söz konusu olması gerektiği hususunda tartışmalı bir durumun bulunmadığı söylenebilecektir. Buna karşılık, önleme aramasının düzenlendiği PVSK’nın 9. maddesinin birinci fıkrasındaki “...kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kağıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı CMK hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar” ifadesinin lafzına dayandırılan bir görüşe göre, soyut tehlike ve belirsiz suça ilişkin önleme

[hukukihaber.net/sucustu-halinde-arama-makale,6286.html](http://hukukihaber.net/sucustu-halinde-arama-makale,6286.html), E.T.: 23.06.2022. Benzer yöndeki değerlendirmeler için ayrıca bkz. Kıdıl, s. 329 vd.

<sup>75</sup> AYM 04.05.2017, 2015/41 E.-2017/98 K. (<https://normkararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr>, E.T.: 23.06.2022).

araması icra edilirken tehlike somutlaşırsa veya suç belirli hale gelirse sırf bu nedenle o aramaya son verilmemeli ve önleme araması sadece o yerle veya kişi ile sınırlı tutulmak kaydıyla, PVSK'nın 9. maddesi uyarınca tamamlanmalıdır. Katıldığımız görüşe göre ise PVSK 9/1 düzenlemesi, özel hayatın gizliliğine müdahale oluşturan arama tedbiri açısından bu derece geniş anlaşılmaya uygun değildir. Mevzuatımızda, önleme ve adli aramanın şekil ve şartları ayrı düzenlenmiş olup, başlayan önleme aramasının, adli aramaya ilişkin sebep ortaya çıktığında devam edeceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla, önleme araması icra edilirken bir suça ilişkin makul şüphe olduğunda, bir suç ve deliline rastlandığında artık CMK hükümleri devreye sokularak adli arama kararına veya Cumhuriyet savcısının yazılı emrine dayanılmalı, bulunan suç delillerine ilişkin olarak koruma değil elkoyma tedbiri söz konusu olmalıdır.<sup>76</sup> Buna rağmen kolluk görevlilerinin, somut bir suçun işlendiği şüphesi doğuran ihbarla başlayıp bir apartmanın girişinde tertibat alınıp beklenmesi ve devamındaki çalışmalar gibi şüphelinin yakalanmasına ve hem suç delili hem de suç konusu olan uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ele geçirilmesine yönelik faaliyetleri çerçevesindeki arama ve elkoyma işlemlerini önleme aramasına dayandırdıkları ve hatta ancak tüm işlemler bittikten sonra Cumhuriyet savcısına bilgi verdikleri, mahkemelerce de kovuşturma aşamasında, şayet kolluk önleme kararına dahi dayanmamışsa bu tür işlemler için emniyetten önleme kararı sorulup istendiği uygulamada sıkça görülebilmektedir.

Konuya ilişkin Yargıtay değerlendirmelerine bakıldığında ise baştan itibaren somut bir suça ilişkin makul şüphenin bulunduğu olaylarda, önleme araması kararına istinaden adli arama yapılamayacağı, bu suretle elde edilen delillerin de hukuka aykırı olup hükme esas alınamayacaklarının açıkça vurgulandığı kararlara<sup>77</sup> karşılık, aynı du-

<sup>76</sup> Görüşler için bkz. Ersan Şen/Mert Maviş, "Önleme Aramasının Şartları ve Sınırı ile Adli Arama Kesişmesi", 04.01.2022, <https://sen.av.tr/tr/makale/onleme-aramasinin-sartlari-ve-siniri-ile-adli-arama-kesimesi>, E.T.: 23.06.2022.

<sup>77</sup> "Suç şüphesi nedeniyle haklarında soruşturma başlatılan ve mahkemelerden alınan iletişimin tespiti, dinlenilmesi ve kayıt altına alınması kararları doğrultusunda takip edilen, gerçekleştirilen telefon görüşmelerinden ... satmak amacıyla uyuşturucu madde almaya gittiklerinin değerlendirilip fiziki takipleri yapılan sanıkların durdurulmalarını takiben, ... Sanık ...'dan aldıkları suç konusu uyuşturucu maddeyi naklemeden 18.12.2009 tarihinde durdurulmaları üzerine, sanıklar ... ve ...'ın içerisinde buldukları ... plaka sayılı araçta, ...Mahkemesinin ...önleme



rumlarda önleme araması kararını geçerli gören Yargıtay kararlarına da rastlanabilmektedir.<sup>78</sup> Öte yandan, Yargıtay'ın, önleme araması icra

araması kararı uyarınca, aracın durdurulduğu ve götürüldüğü yerde gerçekleştirilen arama işlemlerinin, usulüne uygun verilmiş bir yazılı arama emri veya adli arama kararı bulunmadan gerçekleştirilmesi nedeniyle açıkça hukuka aykırı olduğu, bu arama sonucunda elde edilen suç konusu uyuşturucu maddelerin hukuka aykırı olarak elde edilen delil niteliğinde bulunması nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin 2. fıkrası, 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca hükme esas alınamayacağı gözetilmelidir". Yargıtay CGK 08.06.2021, 2016/1112 E.-2021/254 K.; "Sanıkların ...temin ettikleri uyuşturucu maddeleri ... plaka nolu araçlarla öncü ve artçı halde hareket ederek ...illerine sevk edecekleri ve 15.06.2015 günü akşam saatlerinde ...ilinden geçeceklerine dair istihbari bilgi elde edilmesinden sonra, önce sanık ...'nin kullanımında bulunan ... plaka nolu araç, daha sonra sanık ...'ın kullanımında bulunan ... plaka nolu aracın görevlilerce durdurularak ... Mahkemesinin ...önleme araması kararına istinaden aranmasında ... plaka nolu araçta suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçirildiği anlaşılmakla, anılan araçların aranmasına ilişkin CMK'nın 116-119. maddelerine uygun bir arama kararı ya da yazılı emir olmadığı anlaşılmakla karşısında yapılan arama ve bunun sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu ve ... hükme esas alınmayacağı", Yargıtay 20. CD 06.05.2019, 2018/4191 E.-2019/2715 K.

<sup>78</sup> "...iletişimin dinlenmesi ve yapılan fiziki takip çalışmalarında hakkında herhangi bir bilgi edinilmeyen ..... plaka numaralı aracın kolluk görevlilerinin dikkati sonucu operasyon sırasında yapılan takipte diğer araçlarla birlikte ve irtibatlı olduğunun tespit edildiği, hareket hâlinde olan ve delilleri yok etme, kaybetme tehlikesi bulunan söz konusu aracı PVSK'nın 4/A maddesi uyarınca polislin tecrübesine ve içinde bulunduğu durumdan edindiği izlenime dayanarak makul bir sebebin varlığına dayanarak durdurduğu, ...Mahkemesinin önleme arama kararına istinaden yapılan aramada aracın kapalı bölümü olan bağajında suç konusu uyuşturucu maddenin ele geçirilmesinde hukuka aykırı bir durumun bulunmadığı, sanıkların Anayasa ve diğer kanunlar ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmediği, toplum sağlığı bakımından büyük bir tehlike teşkil eden suç konusu uyuşturucu maddenin ele geçirilmesi nedeniyle kolluk görevlilerince uygulanan önleyici ve caydırıcı nitelikteki tedbirinin ölçülü olduğu, ele geçirilen uyuşturucu maddelerin suç delillerinin kaybolmaması için derhâl alınması gereken tedbirler kapsamında elde edildiği, bu bakımdan dosya kapsamında hukuka aykırı olarak elde edilen bir delilden söz edilemeyeceği", Yargıtay CGK 19.03.2019, 2016/707 E.-2019/220 K.; "18.01.2018 tarihli tutanak içeriğine göre, sanığın uyuşturucu madde sattığına dair ihbar üzerine yapılan araştırmalar sonucu, sanığın uyuşturucu madde sattığı belirtilen mahalde, hakkında kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan işlem yapılan ...'in sevk ve idaresinde olan araca bindiğinin tespit edildiği, araç hareket ettikten bir süre sonra sanığın araçtan inip kısa süre sonra tekrar araca bindiğinin görüldüğü, bunun üzerine aracın durdurulduğu, yapılan arama sonucu ...'in pantolonunun arka cebinde dört paket halinde brüt 1,6 gram, net 0,7 gram gelen uyuşturucu madde ele geçtiği anlaşılmakla;... 'in üzerinde yapılan aramaya ilişkin olarak CMK'nın 116., 117. ve 119. maddelerine uygun şekilde verilmiş "adli arama kararı" ya da "yazılı arama emri" veya suç tarihinde olay yeri ve zamanını kapsayan "önleme arama kararı" dosya içinde bulunmadığından, "adli arama kararı", "yazılı arama emri" ya da "önleme arama kararı" bulunup bulunmadığının araştırılması", Yargıtay 10 CD



edilirken somutlaşma söz konusu olduğu ve bir suça ilişkin makul şüphe ortaya çıktığı hallerde önleme araması kararına istinaden aramalara devam edilmesiyle elde edilen delilleri hukuka uygun bulma eğiliminde olduğu<sup>79</sup> ancak aramalarda önleme ve adli ayırımı açıklayan ve katıldığımızı ifade ettiğimiz görüşe uygun şekilde isabetli değerlendirmeler içeren karşı oyların da yazıldığı görülmektedir.<sup>80</sup>

15.12.2021, 2020/12663 E.-2021/13806 K.

<sup>79</sup> "...önleme araması kararına istinaden uygulama noktası oluşturulması, sanıkların içinde bulunduğu aracın ...durdurulması, araçta yapılan aramada herhangi bir suç unsuruna rastlanılmamasının ardından yapılan GBT sorgusunda sanık ...'in kenevir ekme suçundan kaydının olduğunun tespit edilmesi üzerine, mesleki tecrübelerine ve içinde buldukları durumdan edindikleri izlenimden kaynaklanan makul sebebe ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 28. maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak, sanıklar ve aracın uygulama noktasının karşısındaki ilçe emniyet amirliğine detaylı arama yapılabilmesi amacıyla götürülmeleri, burada önleme araması kararına istinaden yapılan arama sonucunda sanık ...'nin sütyeni ve külotu içerisinde bulunan poşetlerde suç konusu uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin ele geçirilmesi, arama işleminin yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı gerçekleştirildiğine dair sanıkların bir itirazlarının bulunmaması,... öncesinde edinilmiş herhangi bir ihbar ya da istihbarat bilgisi olmaksızın ...durdurulması nedeniyle adli arama kararı veya yazılı adli arama emri verilebilmesi için gerekli olan CMK'nın 119. maddesindeki şartların bulunmaması, görevlilerce gerçekleştirilen durdurma ve arama işlemlerinin önleyici nitelikte olması karşısında; ...icra ediliş şekli itibarıyla adli arama kararı ya da yazılı arama emrinden bir farkı olmayan ...Hâkimliği tarafından verilen önleme araması kararı uyarınca, ...Yönetmeliği'nin 28. maddesinde belirtilen ve aracın durdurulduğu yerin karşısındaki kapalı alan kapsamında sayılması gereken ilçe emniyet amirliği içerisinde sanık ...'nin üzerinde arama yapılabileceği, bu karara istinaden gerçekleştirilen arama işlemi sonucunda, sanıkların ...temel hak ve özgürlüklerinin ihlâl edilmediği, ...tedbirlerin ölçülü olduğu, görevlilerin bu önleme araması kararına istinaden yaptıkları arama sonucu ele geçirdikleri suç konusu uyuşturucu maddeyi muhafaza altına aldıktan sonra uygulanan tedbirler ile somut olay hakkında görevlilerin Cumhuriyet savcısına bilgi verdikleri, müteakiben emirleri doğrultusunda soruşturma işlemlerinin sürdürüldüğü, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği", Yargıtay CGK 05.11.2019, 2018/326 E.-2019/633 K.; ayrıca bkz. Yargıtay 20. CD 28.03.2019, 2015/15751 E.-2019/1948 K.

<sup>80</sup> "Karşı Oy:...görevlilerce suç işlediği şüphesi edinilen sanığın kimliği tespit edilmiş, kaba üst araması yapılmış suç unuruna rastlanılmamış ancak davranışlarından sanığın suç işlediği konusunda şüphe somutlaştığı halde ve spesifik olarak uyuşturucu madde suçlarının soruşturulmasını yapan tecrübeli görevlilerce uyuşturucu madde nakli yapıldığı şüphesiyle delil elde etme amacıyla Cumhuriyet savcısına haber verilmeden soruşturmaya başlanıp bir koruma tedbiri olan arama işlemi yapıldığı sabit olmuştur...Somut bir suçun işlendiği şüphesi varsa önleme araması değil ancak adli arama yapılabilir. Somut olayda, faili belli olan ve niteliği tahmin edilen bir suçun işlendiği konusunda şüphe somutlaştığı halde C.savcısına haber verilmeden CMK'nın 116, 117

Belirtmek gerekir ki usulsüz aramalara dayanması nedeniyle hukuka aykırı delil değerlendirmesi yapılan Yargıtay kararlarında, hukuka aykırı aramaların suç oluşturdukları da hatırlatılmaktadır. Ayrıca gerek Devletin gerekse arama kararını veren veya uygulayan kamu görevlilerinin tazminat sorumluluğunun gündeme gelebileceğine de dikkat çekilmektedir.<sup>81</sup> Bu vurgu yerinde olmakla beraber, amacı gereği genel ve soyut olarak verilen önleme araması kararlarına ilişkin sınırların, uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin zarar ve tehlikesine dayanılarak

---

ve 119. maddelerine uygun şekilde “adli arama kararı” ya da Cumhuriyet avcısının yazılı arama emri alınmadan, “önleme araması kararına” dayanılarak delil elde etmek amacıyla çantasında arama yapılması hukuka aykırıdır. Adli arama kararı gerektiren bir olayda önleme araması kararına dayanılarak ya da koşullarına uygun olmayan arama kararı üzerine yapılan arama da hukuka aykırıdır. Böyle bir arama sonucu bulunan deliller ya da suçun maddi konusu “hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş” olacağından...hükme esas alınamaz”. Yargıtay 20. CD 28.03.2019, 2015/15751 E.-2019/1948 K.; “Karşı Oy: ...Devam eden aşamada, uyuşturucu maddenin elde edildiği aracın hakkında önceden iletişimin tespiti kararı ve kimlik bilgileri bulunan sanık ... tarafından kullanılmakta olduğu da görülmüş, artık bu safhadan sonra niteliği ve faili belli olan suç *şüphesi* durumu ortaya çıkmıştır. Yani kolluk görevlileri tarafından, suç işlediği şüphesi oluşan kişilerin kimliği, kullandıkları araçlar ve suçun niteliğinin tespitinin sağlandığı, suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesi de olduğu halde ‘Adli arama kararı’, hatta süreç içinde görüşüldüğü tutanaktan anlaşılan Cumhuriyet savcısından yazılı arama emri alınması yerine ‘önleme araması kararına’ dayanarak delil elde etmek amacıyla, aracın bagaj kısmında arama yapılmıştır. Suç şüphesinin ortaya çıkmasından sonra 5271 sayılı CMK kuralları uygulanması gerektiğinden, arama işleminin önceden alınmış bulunan önleme araması kararına göre değil CMK’nın 116-119. maddelerindeki düzenlemeler uyarınca verilmiş adli arama kararına ya da yazılı arama emrine göre icra edilmesi gerekmektedir”. Yargıtay CGK 19.03.2019, 2016/707 E.-2019/220 K.; “Değişik Gerekeç:

“...şahsın yapılan üst aramasında iç çamaşırının ön bölgesine gizlenmiş vaziyette...” uyuşturucu maddelerin iç çamaşırını içinden ele geçirilmesi nedeniyle önleme araması kararı ile arama yapılması kanuna aykırı olup, sanık hakkında “Adli arama kararı” ya da “Cumhuriyet savcısı’nın yazılı arama emri” bulunması gerekli olduğundan”, Yargıtay 10. CD 30.11.2021, 2020/12741 E.-2021/12710 K.

<sup>81</sup> “Hukuka aykırı aramanın maddi ceza hukuku bakımından yaptırımı ise eylemin suç teşkil etmesidir. 5237 sayılı TCK’nın “haksız arama” başlıklı 120. maddesinde hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisinin üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Konut ve işyerleri bakımından hukuka aykırı aramalar ise 5237 sayılı TCK’nın 116 ve 119/1-e maddeleri kapsamında değerlendirilecektir. Nihayet, aramadaki hukuka aykırılıklar gerek Devletin, gerekse arama kararını veren veya uygulayan kamu görevlilerinin tazminat sorumluluğunu gündeme getirebilecektir. Bu kapsamda 5271 sayılı CMK’nın 141/1. maddesinde aramanın amacıyla orantılı olmayacak biçimde ölçsüz gerçekleştirilmesi durumunda kişilerin maddi ve manevi her türlü zararlarını Devletten isteyebilecekleri öngörülmüştür”. Yargıtay CGK 14.10.2021, 2018/232 E.-2021/469 K.; 16.09.2021, 2019/96 E.-2021/401 K. sayılı kararlar

zorlama yorumlar içeren yüksek yargı kararlarıyla genişletilmesi de söz konusudur. Bu durumun, adli arama ve elkoymaya ilişkin kurallar ile Cumhuriyet savcılarını etkisiz kılarak uygulamadaki bir çok hukuka aykırı işlemleri meşrulaştıracağı ve daha da yaygınlaştıracağı, hukuka aykırı delilleri de Anayasal güvenceye rağmen geçerli kılacağı hususunun da gözardı edilemeyeceği ifade edilmelidir.

### 1.e. Rıza ile Arama ve Teslim

Uygulamada sıklıkla görüldüğünü daha önce söylediğimiz üzere, kolluk tutanaklarında şahsın aramaya rıza gösterdiğini veya maddeyi rızasıyla teslim ettiğini belirten ifadelere rastlanmaktadır. Mahkemelerde de bu hususlar tartışılıp sorgulanmaksızın ele geçen maddelere istinaden mahkumiyet hükümleri kurulabilmektedir. Yargıtay ise hukuka aykırı aranan çantanın rızayla teslim edildiği olayda, elde edilen delilleri Ceza Genel Kurulu'nda hukuka aykırı bulmasına<sup>82</sup> karşılık, maddelerin rızayla doğrudan teslimiyle elde edilen delilleri hukuka uygun bulmaktadır.<sup>83</sup> Ceza Genel Kurulu da sanığın maddeyi rızasıyla

<sup>82</sup> "...inceleme yapmak için çantayı isteyen görevlilerin sanıkların çantayı rızalarıyla teslim etmeleri sonrasında yaptıkları aramada içerisinde esrar bulunan suç konusu 2 paketi görüp muhafaza altına aldıkları olayda;...çanta içerisinde yapılan aramada gerçekleştirilen işlemin PYSK'nın 4/A maddesi kapsamında yoklama ve kontrol olarak değerlendirilemeyeceği, suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçirilme anına kadar suçüstü hâlinin de söz konusu olmadığı, ... istenmesi üzerine suç konusu uyuşturucu maddelerin içerisinde bulunduğu çantanın sanıklar tarafından görevlilere teslim edilmesinin, gerçekleştirilecek arama işlemi için hâkimden karar veya Cumhuriyet savcısından yazılı emir alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı ve yapılan bu işleme hukuki geçerlilik kazandırmayacağı da anlaşıldığından, suç konusu uyuşturucu maddenin hukuka aykırı olarak elde edilen delil niteliğinde olması nedeniyle..." Yargıtay CGK 05.03.2019, 2017/910 E.-2019/154 K.

<sup>83</sup> "...Sanığın rızası ile teslim ettiği ve kaba üst aramasında bulunan 10 paket halindeki esrar nedeni ile uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu işlediği sübut bulunduğundan..." Yargıtay 20. CD. 08.10.2019, 2019/2101 E. -2019/5166 K.; "... sanığın kendi rızasıyla verdiği maddenin uyuşturucu madde olmaması nedeniyle bu eyleminin suç olarak değerlendirilemeyeceği, sanığın polis merkezinde üst aramasında üzerinde ele geçirilen ve kendi rızasıyla vermediği suç konu uyuşturucunun ise miktarı ve bulunduğu yer itibarıyla kaba üst yoklaması ile bulunamayacağı gibi ... kaba üst araması sınırlarını aşacak şekilde yapılan aramada... önleme araması kararı" veya ... uygun şekilde alınmış "adli arama kararı" ve "yazılı adli arama emri" bulunmadığının anlaşılması karşısında, hukuka aykırı olarak yapılan üst araması sonucunda elde edilen bu delilin hükme esas alınmayacağı..." Yargıtay 10. CD 09.12.2020, 2020/13663 E.-2020/8738 K.; "...usulüne göre alınmış bir arama kararı bulunan somut olayda, bu karara ve kararın infazı

la teslim ettiği olaydaki işlemin arama olarak nitelendirilemeyeceğine ve delilin hukuka uygun olduğuna karar verirken etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağını da ifade etmiştir. Buna göre, sanığın teslimden önce kolluğun yoklama suretiyle kontrol yaparak maddeyi bulacağını anlamış olması nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.<sup>84</sup> İfade edilmelidir ki ilgili kişiden arama öncesinde izin veya sonrasında icazet alınmasının hukuka aykırı bir arama işlemini hukuka uygun hale getirmesi mümkün değildir.<sup>85</sup> Nitekim, kanunda arama işleminin şekil ve şartları düzenlenmiş ancak kötüye kullanılmaya açık olan şüphelinin veya sanığın izni ile arama yapılabilmesine ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Kabul edilmelidir ki arama için izin isteyen silahlı bir güç karşısındaki herhangi bir kişinin özgür iradesi bulunmayacaktır.<sup>86</sup> Öte yandan, rıza ile arama konusunda, kişinin uğrayacağı zarar ile suçla toplumun uğrayacağı zarar

---

sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itiraz vaki olmadığı gibi, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım haklarının ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınma da bulunmamaktadır. Bu nedenle, sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesine dayanılarak aramanın hukuka aykırı sayılmayacağı ve ele geçen delillerin "hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil" olarak nitelenemeyeceğinin kabulü gerekmektedir". Yargıtay CGK 13.03.2012, 2011/8-278 E.-2012/96 K.

<sup>84</sup> "...sanığın üzerinde yoklama suretiyle kontrol yapma yetkilerinin de bulunduğu, kontrol yapılmadan önce üzerinde suç unsuru olup olmadığı sorulan sanığın "Esrar kullandığını ve üstünde esrar bulunduğunu" söylemesine rağmen üzerindeki uyuşturucu maddeleri teslim etmediği, görevlilerin yoklama suretiyle kontrol yapacaklarını beyan etmeleri sonrasında suç konusu uyuşturucu maddelerin görevlilere teslim edildiği, sanığın Cumhuriyet savcılığındaki ifadesinde, yanına gelen görevlilerin "Kollarını kaldır" demeleri üzerine cebinde bulunan (10) fişek esrarı görevlilere teslim ettiği şeklindeki beyanının da görevlilerin sanığın üzerinde yoklama suretiyle kontrol yapacaklarını açıkça gösterdiği, bu kapsamda üzerindeki uyuşturucu maddenin ele geçirileceğini anlayan sanığın, yoklama neticesinde kolayca bulunabilecek olan montunun sol iç cebindeki esrarı görevlilere teslim etmesinin, suçun konusu ve delilini hukuka uygun hâle getirerek kendi suçunun ortaya çıkmasına hizmet ve yardım etme olarak değerlendirilemeyeceği anlaşıldığından", Yargıtay CGK 24.01.2019, 2016/236 E.-2019/55 K.

<sup>85</sup> Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, s.36; Süheyl Donay, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2010, s.222; Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2014, s.377; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay., Ankara 2015, s.402-403. Aramaya ilişkin rızanın, arama kararı ve makul şüphe gerekliliğini ortadan kaldırdığı görüşü için bkz. Kunter/Yenisey, s. 695-696.

<sup>86</sup> Ersan Şen/Mehmet Vedat Ervan, "Kapalı Mahal Aramasında Hazırın Sorunu", 05.07.2021, <https://sen.av.tr/tr/makale/kapali-mahal-aramasinda-hazirun-sorunu>, E.T.: 01.07.2022.

karşılaştırmasının yapılması da hukuka uygun bir yaklaşım olmayıp, uygulayıcılara kanuni düzenlemeye aykırı olarak keyfi hareket yolunu açacak böyle bir kabul hukuki güvenlik ilkesine zarar verecektir.<sup>87</sup> Esasen arama işleminin dolanılması anlamına gelen rıza ile teslimde de aynı sakıncalar söz konusu olduğu gibi, bu yöndeki uygulamalar haksız bir aramaya maruz kalmaktan çekinen kişilerin, Anayasa'nın 38/5. maddesine aykırı olarak kendi aleyhine delil göstermeye zorlanmasına da neden olabilecektir.<sup>88</sup> Bu itibarla Yargıtay'ın, rıza ile arama veya delil/suç konusu teslimini hiçbir şekilde, elde edilen delillerin hukuka uygunluk sebebi olarak görmemesi ve arama ile elkoymaya ilişkin kanun hükümlerinin tam bir bağlılıkla işletilmesini sağlaması gerçekte hukuka aykırı olan delillerin, hukuka uygunluk kılıfından çıkmasını sağlayarak hukuk devletine önemli bir katkı sağlayacaktır.

Konuya ilişkin olarak bir Danıştay kararına da değinmek yerinde olacaktır. Yönetmelik'in bazı maddelerinin ve bu kapsamda arama kararı ya da emri aranmayacak halleri düzenleyen 8. maddenin f bendine ilişkin olarak açılan davada Danıştay 10. Dairesi tarafından 13.03.2007 tarih ve 2005/6392 E.-2007/948 K. sayılı iptal kararı verilmiştir. Kararda, Yönetmelik'in söz konusu bendinde TCK'nun 26. maddesine yapılan atıfla hukuka uygunluk sebebi olarak gösterilen "*ilgilinin rızası*" konusu ele alınmıştır. Danıştay, ilgilinin rızasının arama kararı ya da arama emri gerekliliğini bertaraf etmesini Anayasa ve CMK'ya aykırı bularak "*ilgilinin rızası ile*" ibaresinin iptaline karar vermiştir. Karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 14.09.2012 tarih ve 2007/2257 E.-2012/1117 K. sayılı kararı ile CMK'da düzenlenen adli arama konularında Adalet Bakanlığı'nın düzenleme yetkisi olmadığından bahisle farklı gerekçeyle onanmıştır.<sup>89</sup> Farklı gerekçeyle onama söz konusu olsa da Yönetmelik'e ilişkin Danıştay kararı, rızanın, hukuka aykırı bir arama işlemini ve buna paralel olarak da teslimi hukuka uygun hale getirmesinin kanuna aykırılığını ve hukuken mümkün olmadığını vurgulamaktadır.

<sup>87</sup> Recep Gülşen, "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, İstanbul 2015, C. 3, S. 2, s. 242.

<sup>88</sup> Kıldıl, s. 333-334.

<sup>89</sup> Bkz. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=10577>, E.T.: 01.07.2022.

### 1.f. Konutlar ve İşyerleri ile Kapalı Alanlarda Arama

Konutlar ve işyerleri ile kamuya açık olmayan kapalı alanlar, gerek önleme aramasına gerekse de PVSK'nın 4/A maddesindeki tedbirlere konu olmamaları nedeniyle, arama işlemleri açısından esasen tartışmalara pek konu olmamakla<sup>90</sup> beraber, aramada hazır bulundurulması gereken kişilerin yokluğu hallerine ilişkin olarak daha önce bir tartışma bulunmaktaydı. CMK'nın 119/4. maddesi uyarınca, söz konusu yerlerde Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın arama yapılırken bulundurulması gereken o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin yokluğu halinde, elde edilen delillerin hukuka aykırı delil olarak kabul edilip edilmeyecekleri tartışmasına ilişkin olarak Yargıtay, *"sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılmayacağı, sadece bu nedenle, ele geçen delillerin hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil olarak nitelenemeyeceği," "her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabulün isabetli olmayacağı"* yönünde değerlendirmeler yaparak, bu suretle elde edilen delilleri hukuka uygun olarak kabul etmekteyken,<sup>91</sup> Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin olarak adil yargılanma hakkının ihlali yönünde karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 19.11.2014 tarihli söz konusu bireysel başvuru kararında, *"koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki 'kanu-*

<sup>90</sup> "...ihbarda geçen adreste adli arama kararı veya yazılı arama emri bulunmaksızın yapılan aramada 168 paketçik halinde ve ayrıca naylon poşette toplam 75.7 gr eroin içeren madde, 172 gr esrar, 64 adet methadone etken maddesi içeren tablet ve hassas terazinin ele geçirildiği, ... CMK'nın 119. maddesindeki; "Hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir" şeklindeki düzenleme gereğince konutta hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılabileceği, somut olayda CMK'nın 116-117 ve 119. maddelerine uygun şekilde "adli arama kararı" veya "yazılı adli arama emri" alınmadan yapılan arama neticesinde ele geçen maddelerin "suçun maddi konusu" ve "suçun delili" olarak hükme esas alınmayacağı gözetilerek", Yargıtay 10. CD 27.05.2019, 2018/3065 E.-2019/3281 K.

<sup>91</sup> Yargıtay CGK 26.06.2007, 2007/7-147 E.-2007/159 K.; 13.03.2012, 2011/8-278 E.-2012/96 K. sayılı kararlar



na aykırılığın' yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu" ifade edilmiştir.<sup>92</sup> Yargıtay, mezkur karar sonrası içtihadını değiştirmiş olup, söz konusu yerlerdeki aramalar sırasında hazır bulundurulması gereken kişilerin yokluğu halinde aramanın hukuka aykırı icra edildiğine ve bu arama işlemi sırasında ele geçirilen delillerin de hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş olduğuna karar vermektedir.<sup>93</sup> Belirtmek gerekir ki Yargıtay kararlarında da ifade edildiği üzere, bulunan delillerin görevlilerce konulduğu iddialarının önüne geçmeyi amaçlayan CMK'nın 119/4. maddesi, delil elde etme aracı olan bir koruma tedbirinin şeklini öngörmekte ve kişi hak ve hürriyetlerini güvence altına almaktadır. Bu nedenle, emredici olan ve esnetilmesi mümkün olmayan söz konusu düzenlemenin, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerinin sınırlanması" başlıklı 13. maddesi uyarınca katı bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Söz konusu olabilecek hukuka aykırılığın önemi ve derecesi bir anlam ifade etmemekte olup, hukuka aykırı arama neticesinde elde edilen hiçbir delilin hukuka uygun kabul edilerek hükme esas alınabilmesi mümkün değildir.<sup>94</sup> Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararı yerinde olduğu gibi, söz konusu karar sonrası Yargıtay kararlarının değişerek; öğretilde karşılığı bulunsa da "sırf arama sırasında **şekle** ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı" **şeklindeki** ifadeden<sup>95</sup>

<sup>92</sup> 19.11.2014 tarih ve 2013/6183 sayılı Yaşar Yılmaz kararı (<https://kararlarbilgi-bankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 23.06.2022).

<sup>93</sup> "Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi'nce aramanın icrasına ilişkin CMK 119/4 (CMUK 97/2) maddesine aykırılık sadece basit şekli bir kurala aykırılık olarak telakki edilmemiş, bu kurala aykırı bir arama sonucunda elde edilen deliller tek ve belirleyici delil olarak kullanılarak hüküm kurulmasının adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğuna karar verilmiştir..." Yargıtay CGK 28.04.2015, 2013/464 E.-2015/132 K.; "5271 sayılı CMK'nın 119/4. maddesinin ... açık, amir hükmüne aykırı olarak aramanın, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmaksızın yapılması nedeniyle icrası bakımından hukuka aykırı olduğu ve bu arama işlemi sırasında ele geçirilen delillerin de hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş olduğu, ... arama işleminin ve bu işlem sonucunda elde edilen ve Yerel Mahkemece mahkûmiyet hükmüne esas alınan delillerin de "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" olduklarının kabulü gerekir". Yargıtay CGK 06.02.2020, 2016/1146 E.-2020/68 K.

<sup>94</sup> Ersan Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yay., İstanbul, 1998, s. 34.

<sup>95</sup> Konuya ilişkin değerlendirmeler ile mutlak ve nisbi delil değerlendirme yasakları için bkz. Fahri Gökçen Taner/Yaprak Öntan, "Cmk'nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihadta Dönüşüm", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2016, C. 65 S. 4, 2460 vd.



dönülmüş olması, Anayasa Mahkemesi kararlarının dikkate alınması ve kanuna aykırı elde edilmesi nedeniyle hukuka aykırı olan delillerin *önünün* açılmaması adına oldukça *önemli* bir gelişmedir.

### 1.g. Bekçilerin Gerçekleştirdiği Arama ve Elkoymalar

Çarşı ve mahalle bekçileri, 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 2/1. maddesi uyarınca, genel kolluk kuvvetlerine yardımcı olmak üzere, emniyet ve jandarma teşkilatları bünyesinde silahlı bir kolluk olarak istihdam edilmektedirler.<sup>96</sup> Kanun'un 10. maddesinde, çarşı ve mahalle bekçilerinin mevzuatla genel kolluk kuvvetlerine tevdi edilen görevlerde genel kolluk kuvvetlerine yardımcı olmaları öngörülmüştür. Görev bölgesi ve çalışma saatleri ile sınırlı olmak kaydıyla durdurma ve kimlik sorma düzenlemesini içeren 7/6. maddede bekçilerin, durdurdukları kişi üzerinde veya aracında silah ya da tehlikeye oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendilerine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik el ile dıştan kontrol dahil gerekli tedbirleri alabilecekleri ancak kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılmasını veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılmasını istemeyecekleri düzenlendiği gibi adli görev ve yetkilerinin düzenlendiği 8. maddede bu görev ve yetkileri "*suç işlenirken veya işlendikten sonra, henüz izleri meydanda iken*" sınırlamasına tabi tutulmuştur. Maddeye göre, çarşı ve mahalle bekçilerinin adli görev ve yetkileri, kanunlarında belirtildiği şekliyle bir suçüstü halinde, delillerin kaybolmasını önlemek gibi bazı acele tedbirlerin alınmasından ibarettir.

Kanunlarındaki açık düzenlemelere rağmen çarşı ve mahalle bekçilerinin uygulamada sıklıkla, acele bir hal dahi bulunmaksızın arama, elkoyma, yakalama ve diğer tüm adli işlemleri bizzat tamamlayarak şüphelileri ve delilleri genel kolluk kuvvetlerine teslim ettikleri görülmektedir. Ayrıca, 7. madde kapsamında işlem yapmış bekçilerin görev bölgesi ve çalışma saatlerine ilişkin bir evrağa da dosyalarda rastlana-

<sup>96</sup> Çarşı ve mahalle bekçilerinin görev ve yetkilerine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Burcak Can Kara, "7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu Kapsamında Bekçilerin Görev ve Yetkileri", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2021, C. 11, S. 2, s. 1315-1367; Ozancan Belci, "Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanununun Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2020, C. 22, S. 2, 1089-1122.

mamaktadır. Kanuna aykırı söz konusu uygulamalar sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırı oldukları ve hükme esas alınamayacakları açıktır. Öte yandan, uzmanlık gerektiren ve ilgili birim dışındaki genel kolluk kuvvetlerinin dahi yetkin olmadığı narkotik konusundaki soruşturma işlemlerini bekçilerin yapmaları delil kayıplarına da neden olabilmektedir. Bu itibarla, Yargıtay'ın konuya ilişkin olarak vereceği kararlarla, çarşı ve mahalle bekçilerini uygulamada 7245 sayılı Kanun sınırlarına çekmesi beklenmektedir.

## 2. Güven Alımlarıyla Elde Edilen Deliller

Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçlarına ilişkin olarak delil elde etme ve fail belirleme amacıyla uygulanan yöntemlerden biri de görevlilerin alıcı kılıfına girerek madde satıcılarından güven alımı yapmalarıdır. Yargıtay'a göre, CMK'nın 139. maddesi uyarınca hakim kararıyla görevlendirilmiş gizli soruşturmacı ya da 160 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda görevlendirilmiş gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi olabilecek olan söz konusu görevlilerin elde ettiği delillerin hukuka uygun kabul edilerek hükme esas alınabilmeleri için, bu görevlilerin güven alımlarında suça azmettirme veya teşvik yönünde fiilleri gerçekleştirmemeleri gerekmektedir.<sup>97</sup> Konuyu, diğer hukuka aykırı delil başvurularında olduğu gibi esas itibarıyla AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendiren AİHM'in içtihatları da bu yöndedir.<sup>98</sup> Bu itibarla, güven alımı yapan görevlilerin, sınırlarına çok dikkat etmeleri son derece önemli olup, yönlendirme, öncü olma, kişilerin madde bağımlılığından faydalanma gibi davranışlar içine girmelerinin elde ettikleri delilleri hukuka aykırı hale getireceği açıktır. Buna karşılık uygulamada görevlilerin, kişiyi ikna ederek evinden alıp araçla bir satıcıya götürdükleri ve kendilerine madde satın aldıkları örneklerle rastlanabilmektedir. Bu kapsamda, bağımlı olan şüphelilerin, ilgili kişilerin görevli olduklarını anladığı ancak maddeye ihtiyacı olduğu için tekliflerini kabul ederek kendilerine madde temin ettiği ve içinden de alıp kullandığı şeklinde savunma yaptıkları görülebilmektedir.

<sup>97</sup> Yargıtay CGK 30.01.2020, 2017/724 E.-2020/41 K.; 30.06.2015, 2015/229 E.-2015/260 K.; 12.05.2015, 2014/454 E.-2015/156 K sayılı kararlar.; Yargıtay 10. CD. 27/10/2021, 2021/1515 E.-2021/10746 K.

<sup>98</sup> Reid, s. 139 vd.

İfade etmek gerekir ki güven alımlarında suça azmettirme veya teşvik yasağının ihlal edildiği hallerde de savcılık ve sulh ceza hakimlikleri elde edilen delillerin hukuka aykırılığı değerlendirmesini sıklıkla, yargılamayı yapacak mahkemeye bırakmakta ve şüpheliler tutuklanmaktadır. Söz konusu uygulama, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini açıkça ihlal etmektedir. Güven alımı yapan görevlilere, görevlerinin amaç ve sınırları ile muhtemel hatalı uygulamalarının olumsuz sonuçları hususlarında gerekli bilincin kazandırılmamış olması hem söz konusu ihlallerde hem de güven alımlarının istenen sonuca ulaşmamasında önemli bir paya sahiptir. Bu itibarla, öncelikle kolluğun eğitimi olmak üzere gerekli önlemlerin ivedilikle alınması zorunluluğu ifade edilmelidir.

## SONUÇ

TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen ve seçimlik hareketli bir suç olan uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun ihdası ile korunan hukuki yarar, söz konusu suçun sınır aşan niteliği, başka suçların işlenmesine ve suç örgütlerine ekonomik kaynak oluşturması ve kullanıcıların madde temini için başka suçlara karışmaları gibi nedenlerle günümüzde kabul edilen anlayışa göre tüm insanların sağlığıdır. Bu itibarla, ilgili hükümleri istisnasız bir şekilde uygulanması gereken söz konusu suçun karşılığında öngörülen ceza oldukça ağırdır. Öte yandan, uygulamada bu suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların tamamına yakınının tutuklama tedbiri uygulanarak yürütüldüğü görülmektedir. Bu nedenlerle, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna ilişkin şüphe söz konusu olduğunda, hem delillerin etkin ve hukuka uygun bir şekilde toplanması hem de bu suçun TCK'nın 191/1. maddesinde düzenlenen kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak suçundan tam bir kesinlikle ayırt edilmesi daha da önem kazanmaktadır.

Konumuza ilişkin olarak çalışmamızda değinilen tüm kurallar ve sahadaki uygulamaları dikkate alındığında; uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin söz konusu olduğu olaylarda, delillerin etkin ve hukuka uygun bir şekilde toplanması ve hukuka aykırı olan delillerin hükme esas alınmaması hususunda Yargıtay'ın genel itibariyle isabetli yaklaşımlar gösterip hukuka uygun kararlar verdiği söylenebilecektir. Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin satın alınması, kabul edilmesi

ve bulundurulması fiillerinin her somut olayda doğru nitelendirilerek TCK'nın 191/1 ya da 188/3. maddelerinden failin amacına ve neticeten de kastına uygun olan maddeye dayanılarak hüküm kurulması hususunda da aynı şeyi söylemek mümkündür. Buna karşılık, başta uyuşturucu ve uyarıcı maddeler konusundaki hassasiyet nedeniyle Anayasal güvencelere ve kanuna aykırı arama ve elkoymalar sonucu elde edilen delillerin hukuka uygun kabul edilmesi olmak üzere, eşik miktara odaklanma, delil toplamama ve kolluk tutanaklarının içeriklerinin tartışılmamasında olduğu gibi zaman zaman ancak önemli konularda yapılan değerlendirmelerle ya da dikkate almama, denetlememe tutumlarıyla hukuktan sapmalar görülmektedir. Oysaki çok ağır bir suç söz konusu olsa da bir eylemin cezasız kalması, tüm hak ve özgürlüklerin teminatı olan hukukun üstünlüğünün herhangi bir sınır tanımaksızın delil elde ederek veya mahkumiyet hükmü kurarak bertaraf edilmesinden daha ağır bir sonuç doğurmayacaktır. Kaldı ki eylemlerin cezasız kalmasının en büyük sebebinin, bildirilen satıcıların ve alım yapılan yerlerin araştırılmaması gibi delil kayıpları olduğu açıktır.

Yargı derecelerinde aşağı doğru inildiğinde, hukuka aykırı uygulama ve değerlendirmelerin yoğunlaştığı ve kolluk faaliyetleriyle somutlaşan soruşturma aşamasında, delil kayıplarının ve hukuka aykırı delillerin mazur görülemeyecek seviyelerde olduğu ifade edilmelidir. Bu kapsamda, güven alımlarında hukuki sınırların aşılması ile çarşı ve mahalle bekçilerinin kanuni görev tanımlarının dışına çıkmaları da önemli sorunlardır. Suçun manevi unsuru hatalı değerlendirilerek ve/veya hukuka aykırı delillere dayanılarak TCK'nın 188/3. maddesinden mahkumiyet sonucunu, kolluğun hukuka ve tekniğe aykırı uygulamaları ile kolluk tutanaklarının doğurduğu gerçeği dikkate alındığında durumun vahameti daha iyi anlaşılmaktadır. Söz konusu tutanakların şablon ifadeler taşımaları ve içeriklerinin soruşturma aşamasında sorgulanıp araştırılmaması, duruşmalarda da gerçek anlamda ortaya konulup tartışılmaması ve aksi yönde ispatın mümkün olmaması ciddi bir sorundur. Dikkate alınması gereken bir diğer çok önemli gerçek ise gerek deliller gerekse de suçun nitelendirilmesi hususundaki tüm hukuka aykırılıklar kanun yolunda tespit edilseler dahi bu tespitlerin pek bir anlam ifade etmemesidir. Zira, istinaf ve Yargıtay kararlarının,

tamamına yakını tutuklu olan sanıkların cezalarının *önemli* bir kısmının fiilen infazından sonra verildiği ve hak ihlallerini önlemede çok geç kalındığı açıktır. Öte yandan, kanun yolu incelemelerinde geçecek zaman zarfında, açık cezaevine ayrılma sürelerinin dolacak olması nedeniyle, sanıkların önemli bir kısmının hukuka aykırı da olsa haklarındaki mahkumiyet hükmünün bir an önce kesinleşmesini isteyerek kanun yolu incelemesi haklarından feragat ettikleri gözlenmektedir. Daha ciddi hak ihlali anlamına gelen bu durum ayrıca, uygulamada yaşanan pek çok sorunun yüksek yargı kararlarına yansımaları ve bu kararlar dikkate alınarak uygulamada ve öğretilerde çözüm üretilmesini de engellemektedir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, kolluk uygulamalarından başlamak üzere mezkur suçla ilişkin soruşturma ve kovuşturma aşamalarının etkin ve hukuka uygun yürütülerek, maddi gerçeğe, failin kastına ve hukuka uygun adil kararlar verilmesi son derece önemlidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin söz konusu olduğu adli olaylara hızlı ancak gelişigüzel müdahalelerin istenilen sonucu vermediği rahatlıkla görülebilmektedir. Mevzuatımız, uyuşturucu ve uyarıcı maddelerle mücadele konusunda gerek önleyici gerekse de adli boyutuyla -mükemmel olmasa da- yeterince donanımlı olup, asıl ihtiyaç duyulan, uygulamada daha çok dikkat, özen ve emektir. Kaldı ki mevzuatın eksikliklerini veya sorunlu hükümlerini, uygulayıcıların bu kuralları aşarak veya yorumla zorlayarak gidermesi hukuken mümkün değildir.

## Kaynakça

### Kitaplar

Arslan Çetin/Azizağaoğlu Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yay., Ankara 2004.

Balcı Murat, Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu Madde Ticareti Suçları (TCK m. 188), Marmara Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul 2009.

Bayraktar Köksal vd., Özel Ceza Hukuku C.5, On İki Levha Yay., İstanbul 2019.

Donay Süheyl, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2010.

Dönmezer Sulhi, Kriminoloji, İstanbul Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 1981.

- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.1, Beta Yay., İstanbul 1997.
- Elmas Birsen, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Adalet Yay., Ankara 2022.
- Erman Sahir/Özek Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1995.
- Günal H. Yılmaz, Uyuşturucu Madde Suçları, Kazancı Yay., Ankara 1976.
- Günay Erhan, Uygulamalı Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yay., Ankara 2005.
- Güngör Şener/Kınacı Ali, Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle İlgili Suçlar, Yetkin Yay., Ankara 2001.
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, US-A Yay., Ankara 2017.
- İçel Kayıhan (Proje Yöneticisi), Ünver Yener (Editör), Uyuşturucu Madde Suçları – Karşılaştırılmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 18, Seçkin Yay., Ankara 2017.
- Kıdıl Fahrettin, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları, Adalet Yay., Ankara 2020.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2000.
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğın Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2014.
- Özbek Veli Özer/Doğın Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2019.
- Reid Karen, A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights, Sweet&Maxwell Yay., Londra 2011.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yay., Ankara 2018.
- Şen Ersan, Türk Ceza Yargılaması Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yay., İstanbul, 1998.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2021.
- Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Adalet Bakanlığı, Ankara 2005.
- Ünver** Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay., Ankara 2015.
- Yaşar Osman/Gökcan Tahsin/Artuç Mustafa, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C. 4, Ankara 2010.
- Yokuş Sevük Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay., Ankara 2019.
- Yokuş Sevük Handan, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Seçkin Yay., Ankara 2007.
- Yurtcan Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Uyuşturucu Suçları, Seçkin Yay., Ankara 2021.
- Zafer Hamide, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu”, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı Sempozyum Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 2007.

## Makaleler

- Bekri M.Nedim, "Gerekçeli Karar Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2014, S. 3, s. 205-228.
- Belci Ozancan, "Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanununun Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2020, C. 22, S. 2, 1089-1122.
- Centel Nur, "Uyuşturucu Madde Kullanma ve Bulundurma Suçu", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan C. 1, Beta Yay., İstanbul 2001, 147-192.
- Gülşen Recep, "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, İstanbul 2015, C. 3, S. 2, s. 227-251.
- Güngör Devrim, "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2007, S. 68, s. 135-160.
- Kara Burkay Can, "7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu Kapsamında Bekçilerin Görev ve Yetkileri", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2021, C. 11, S. 2, s. 1315-1367.
- Koç Ziya, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçlarında Kişisel Kullanım Amacının Belirlenmesi (TCK m. 188/3-TCK m. 191)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2021, C. 23, S. 2, s. 1143-1191.
- Meydan Uğur, "Bonzai: Uyuşturucu Madde Ticareti Suçunda Sentetik Kannabinoidler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2022, Y:13, S: 49, s. 85-114.
- Meydan Uğur, "Uyuşturucu Madde Ticareti Suçların Madde Miktarının Önemi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2019, Y:10, S: 37, s. 321-352.
- Şen Ersan/Ervan Mehmet Vedat, "Kapalı Mahal Aramasında Hazırın Sorunu", 05.07.2021, <https://sen.av.tr/tr/makale/kapali-mahal-aramasinda-hazirun-sorunu>
- Şen Ersan/Maviş Mert, "Önleme Aramasının Şartları ve Sınırı ile Adli Arama Kesilmesi", 04.01.2022, <https://sen.av.tr/tr/makale/onleme-aramasinin-sartlari-ve-siniri-ile-adli-arama-kesilmesi>
- Şen Ersan/Demirbüker Filiz, "Suçüstü Halinde Arama", 05.12.2018, <https://www.hukukihaber.net/sucustu-halinde-arama-makale,6286.html>
- Taner Fahri Gökçen/Öntan Yaprak, "Cmk'nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İctihatta Dönüşüm", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2016, C. 65 S. 4, s. 2445-2469.
- Tezcan Durmuş, "Uyuşturucu Maddelerin Yasadışı Ticaretini Önleyici Tedbirler", *TİD*, Ankara 1987, S. 377, s. 39-62.
- Tezcan Durmuş, "Türk Ceza Kanunu'ndaki Değişiklikler Açısından Uyuşturucu Madde Tedarik Suçları", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Ankara 1994, C. 49, S. 2, s. 429-437.

## İnternet Kaynakları

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

<https://www.ferhatbulut.av.tr>



<https://www.hukukihaber.net>

<https://www.istanbulbarosu.org.tr>

<https://karararama.yargitay.gov.tr> (son E.T.: 01.07.2022)

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

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

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<https://sen.av.tr>

# STATÜDEN SÖZLEŞMEYE, SÖZLEŞMEDEN İSTEME Hukuk Biçiminin Dönüşümü FROM STATUS TO CONTRACT, FROM CONTRACT TO CLAIM Transformation of the Form of Law

OlcaY HAYTA\*

**Özet:** Sözleşmenin yalnızca belirli bir hukuki işlem olmadığı, aynı zamanda hukukun ondan doğup geliştiği temel ilişki olduğunu savlayan Meta Mübadelesi Okulu'nun kavram setini kullanan bu makale, Marx'ın değer biçimi tartışmasıyla ekonomi politiği taşıdığı ileri ufukların etkisi altında, *hukuk biçimi* kategorisini tartışmaya açma iradesinin ürünüdür. Bu kapsamda, Henry Sumner Maine'in, hukukun statüden sözleşmeye doğrusal gelişimi iddiasına referansla *statüler geri mi dönüyor?* serzenişlerinin duyulduğu her noktada, *sözleşme biçimi* aleyhine gelişen yeni bir biçimin (*istem biçiminin*) kavranmasındaki eksikliğin, bilim olma iddiasındaki hukuku, taşıdığı iddiadan uzaklaştırdığını savlamaktadır. Bahse konu ayrışmanın aşılması amacıyla, genel olarak *hukuk biçimi* kategorisinin ve özel olarak da *istem biçiminin* hukuki tartışmaya dahil edilmesinin gerekliliği iddiasıyla bu makale, günümüz toplumunda fetişistlik bir konum kazanan hukuku konumundan etmeye yönelik bir girişimdir.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Biçimi, İstem Biçimi, Statüden Sözleşmeye, Sözleşmeden İsteme, Paşukanis

**Abstract:** By using the concepts of the Commodity Exchange School of Law, which argues that the contract is not only a specific legal transaction, but also the fundamental relationship from which law emerges, this article aims to bring the category of *form of law* up for discussion. In this context, it is contended that there is a widespread inability to comprehend a new form of law (*the claim form of law*) that progresses to the detriment of *the contractual form of law*, that shows itself in questions like *are statutes back again?* Legal science gets diverged from the assertions it bears on its name, unless properly comprehends *the claim form of law*. In order to overcome the divergence mentioned, it is contended that the category of *form of law* in general and *the claim form of law* in particular should be included in the legal discussion; and by doing this, this article is an attempt to displace the law, which has gained a fetishistic position in today's society.

**Keywords:** Form of Law, Claim Form of Law, from Status to Contract, from Contract to Claim, Pashukanis

\* Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, olcahayta1871@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1278-4581, Makalenin Gönderim Tarihi: 30.09.2022, Kabul Tarihi: 19.12.2022

## GİRİŞ

Modern toplumda, hukuki ilişkinin yaygınlığı ve kapitalist toplumsal ilişkinin yeniden üretilmesi için taşıdığı önem o seviyededir ki Althusser, kilisenin feodal toplumda üstlendiği rolü hatırlatarak feodalizmin ideolojisinin din ideolojisi olmasına koşut olarak kapitalizmin ideolojisinin hukuk ideolojisi olduğunu saptar.<sup>1</sup> Bu saptama, bir yandan hukukun layığıyla kavranmasının gerekliliğine (toplumsal ilişkilerdeki yaygın konumu sebebiyle) diğer yandan bu çabanın, (hukukun ideolojik karakteri sebebiyle) pek çok zorluk barındırdığına işaret eder.

Temel haklar sistematığı içerisinde mülkiyet hakkı etrafında örülen “özgürlük”ler kapitalist toplumun ve onun güvencesi olarak sunulan *hukukun* ayırt edici niteliği olduğu kadar meşruiyet kaynağıdır da. Ne var ki insanlar arası ilişkiyi malikler<sup>2</sup> arası ilişkiye dönüştüren iddia edildiği gibi “özgürlük” değil “sözleşmeye bağlılık”tır. Tekil bir hukuki işlem olmanın ötesinde, hukukun bir toplumsal norm olarak kavranması bakımından sözleşmenin önemine işaret eden Henry Sumner Maine, hukuk literatüründe, ülkemizde değilse bile,<sup>3</sup> kayda değer bir yere sahiptir.<sup>4</sup> 1860 tarihli Antik Hukuk adlı kitabında, Maine, modern hukuk öncesinde bireylerin belirli statüler içine doğduklarını ve kendi iradeleriyle bu statüleri değiştirmelerinin mümkün olmadığını; ilkel toplumların birbirlerine statü ile bağlı, mülkiyeti ortaklaşa kullanan ailelerden oluştuğunu; ailedeki en yaşlı erkeğin sözünün aile üyeleri-

<sup>1</sup> Louis Althusser, *Filozof Olmayanlar İçin Felsefeye Giriş*, Can Yayınları, İstanbul, 2020, s.179.

<sup>2</sup> Toplumun büyük çoğunluğunun yalnızca çalışma gücü (emek-gücü) sahibi olması, burada bahsedilen malikler arası ilişkiyi olumsuzlamaz; bilakis onun yeniden ve yeniden üretilmesinin koşuludur.

<sup>3</sup> Dilimizde hukukun evrimine (Maine) ilişkin yapılan tek çalışma, Fehmiye Ceren Akçabay'ın yüksek lisans tezidir. Ne anılan tezin kaynakçasında ne de Türkiye Makaleler Bibliyografyasında Maine (ya da statü- sözleşme ilişkisi) üzerine yapılmış bir çalışmaya rastlanmadı. Bu değerlendirmeyi olumsuzlayan tek çalışma anılan tezin kaynakçasında bulunmayan, Manfred Rehbinder'in makalesinin çevirisidir. Bkz. Manfred Rehbinder, “Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişmeleri: Statü - Sözleşme - Rol”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1969, C. 26, S. 1, s. 77-106.

<sup>4</sup> Katharina Isabel Schmidt, “Henry Maine’s ‘Modern Law’: From Status to Contract and Back Again?”, *The American Journal of Comparative Law*, Mart 2017, C. 65 S. 1, s. 162.

nin uymak zorunda oldukları kanunlar olduğunu ileri sürmektedir.<sup>5</sup> Maine, ilk hukuk olarak kavradığı bu başlangıç noktasından hareketle, hukukun, bireylerin uymak zorunda oldukları yükümlülüklerden (statüler), koşullarını kendilerinin belirledikleri sözleşmelere doğru “ilerlediğini” savlamaktadır. Antik toplum ve hukuk hakkındaki savları farklı çalışmalarla yanlışlansa da 1800’lerin son çeyreğinden bu yana, toplumsal gerçekliğin sözleşme biçimiyle hukukileştirilmesinin mümkün olmadığı her durakta, Maine’e referansla “statülere geri mi dönülüyor?” soruları literatürde yeniden üretildi, üretiliyor.<sup>6</sup> Bu anlamda, yani hukuk söylemini belirlemekteki gücü ölçüsünde, Maine’e ve onun bu gücünün kaynağı olan eseri Antik Hukuk’a yakından bakmak zorunludur. O halde şimdi kalemi Maine’e verelim.

### HUKUKUN EVRİMİ: STATÜDEN SÖZLEŞMEYE - HENRY SUMNER MAINE

Antik toplumda insanlar, patriarkal despotik düzende, hukukun değil kaprisin kontrolü altındaydı.<sup>7</sup> Batıda, aristokrasi, siyasal bir oligarşi olarak, yasama yetkisini ele geçirmiş ve Doğu’daki din adamları kastından farklı olarak, tanrısal çıkarımlar yapmak yerine geleneğin bilgisini kendilerinde tekelleştirmiştir. Doğuda, batının aksine, toplumdaki dini öge askeri ve siyasi ögelerden daha imtiyazlı bir konumda olmuştur. Askeri ve sivil aristokrasiler eğer tamamen ortadan kaldırılmamışsa, imtiyazlı bir dini kast tarafından çevrelenmiş tüm yetkileri elinde toplayan monarşiler olarak karşımıza çıkar.<sup>8</sup> Batıda, aristokrasi, bilgi tekeline dayanarak idareyi sadece kutsal bir öncülükle değil, aynı zamanda kanunların bilgisinin meşruluğuna da dayanarak gerçekleştirir.<sup>9</sup> Aristokrasinin bilgi tekeline dayanan toplumsal pozisyonu için gelenek ve emsaller, sistematik bir şekilde örfi/geleneksel hukuka girmiştir. Yazının icadı ile aristokrasi bilgi tekeli yitirir ve örfi hukuk dönemi sona erer, gelenekler yazılı kurallar halini alır. İmtiyazlı bir azınlık (papazlık koleji, rahipler topluluğu, belirli bir kast) tarafından

<sup>5</sup> Henry James Sumner Maine, *Ancient Law*, Henry Holt and Company, Newyork, 1906.

<sup>6</sup> Bkz. Rehbinden

<sup>7</sup> Maine, s. 6

<sup>8</sup> Ibid. s. 10

<sup>9</sup> Ibid. s. 11

bilinen hariç olmak üzere yazılı olmayan hukuk diye bir şey yoktur.<sup>10</sup> İngiliz içtihat hukuku (case-law) için yazılı olmayan hukuk nitelen-dirmesi yapılırsa da aslında burada kastedilen yasa formunda olmayan hukuktur; yoksa yazılı olmayan hukuk değil.<sup>11</sup>

Doğal hukuk söyleminin modern toplum için taşıdığı anlamın, modern olmayan toplumlar ve onların hukukuyla örtüşmesi mümkün değildir.<sup>12</sup> İlkel toplum modern toplumdan yola çıkılarak kavranamaz çünkü eski çağlarda toplum, aileler kümesidir; bireyler topluluğu değil.<sup>13</sup> İlkel toplumda, en yaşlı erkek, aile üzerinde mutlak bir hakimiyete sahipti. Hakimiyeti, mahiyetinin yaşaması ya da ölümü hakkında karar vermek de dahil olmak üzere alt soyu, evi ve köleleri üzerinde tartışmasız biçimde etkindi.<sup>14</sup> Antik toplumda, hukuk despotik babanın sözüdür. Bu toplum, babanın mutlak egemenliğiyle kurulan ailelerin birliğidir.<sup>15</sup> Ailede babanın mutlak otoritesi vardır; aile içi ilişkide toplumsal kurallar değil babanın kuralları geçerlidir. Toplumsal ilişki, aile babaları arasındaki seremonin ötesine geçmez... Suç kolektif bir edimdir ve sonuçları onu işleyenlerden daha fazla kişiyi bağlar. Suçlu bulunan kişi ile birlikte ve bazen onun için onun çocukları ve akrabaları da cezalandırılır.<sup>16</sup> Topluluklar, patriarkal reis öldüğünde aileler bir arada kaldığı ölçüde varlığını sürdürmüştür: Roma ve Yunan devletlerinin kuruluşları bu kurala uyan örneklerdir.<sup>17</sup> Babanın mülk ve kişiler üzerindeki bahse konu yetkisi, ilerleyen süreçte, Roma Hukukunda, *patria potestas* olarak karşımıza çıkar.<sup>18</sup> Babanın gücü, aynı kökene yaslansa da, Helenistik Toplumda, farklı bir biçimde, onun bilgeliğine dayanan bir ilişki olarak varlığını sürdürmüştür.<sup>19</sup> Roma Hukukunda *patria potestas* kurumunun gücünü yitirmesi (yumuşaması) imparatorluğun kuruluşuyla olmuştur.<sup>20</sup> Babanın çocukları üzerindeki yetkisi ilerleyen zamanlarda kağıt üzerinde kaldıysa da, çocuklarının

<sup>10</sup> Ibid. s. 12

<sup>11</sup> Ibid. s. 13

<sup>12</sup> Ibid. s. 69 vd.

<sup>13</sup> Ibid. s. 75

<sup>14</sup> Ibid. s. 119

<sup>15</sup> Ibid. s. 121

<sup>16</sup> Ibid. s. 122

<sup>17</sup> Ibid. s. 123

<sup>18</sup> Ibid. s. 130

<sup>19</sup> Ibid. s. 132

<sup>20</sup> Ibid. s. 135

mülki üzerindeki yetkilerini, kanunla yaptırma bağlandığı dönemde dahi kullandığı bilinmektedir.<sup>21</sup> Antik hukuk, kadını kan bağı olan akrabalarına tabi kılarken modern hukuk kadını kocasına tabi kılar ki bu kayda değer bir tarihsel değişimdir.<sup>22</sup>

İlerici toplumların hareketinin bir açıdan tek tip olduğu söylenebilir: aşamalı olarak aileye bağımlılığın çözülmesi ve bireysel sorumlulukların çoğalması. Birey, medeni kanunun muhatap aldığı birim olarak istikrarlı bir biçimde ailenin yerini aldı. Değişim değişik hızlarda olmuş veya oluyor olabilir ancak bahse konu değişim reaksiyon ya da geri tepmeye konu olmaksızın, (doğrusal olarak) sürmektedir. İnsanlar arası ilişkide, ailede kökenini bulan hak ve yükümlülüklerin yerini neyin aldığı sorusunun cevabı sözleşmedir. Tarihin belirli bir durağında insanlar arası tüm ilişki aile ilişkilerine indirgenebilmekteyken, tarihsel süreç boyunca, bireylerin özgür anlaşmalarına dayanan toplumsal düzene doğru genel ve istikrarlı bir yöneliş olduğunu görüyoruz. Batı da bu doğrultuda kaydedilen gelişme muazzamdır.<sup>23</sup> Böylece, köle statüsü, efendi ve hizmetli arasındaki sözleşmesel ilişkiye yerini bırakmıştır. Kişiler hukukunda statünün tüm biçimleri eski zamanlarda aileye dayanan yetki ve imtiyazlardan türetilmiştir.<sup>24</sup> Eğer *statü* kavramı, sözleşme ilişkisine işaret eden bir anlamda değil de yalnızca kişisel koşullara işaret etmek için kullanılırsa, ilerici toplumların şimdiye kadar kaydettiği gelişimin *statüden sözleşmeye* olduğunu söyleyebiliriz.<sup>25</sup>

Maine, örfe hukuktan modern hukuka ilerleyişi sağlayan araçlar olarak hukuki kurgu, eşitlik ve yasamaya işaret etmektedir.<sup>26</sup> Hukuk, Maine'in anlattığında, Hobbes ve Rousseau'nun aksine, doğal durum olarak sunulan patriarkal despotizmin bir ögesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Antik Hukuk kitabı, hukuksal dünya görüşünün<sup>27</sup> kayda değer bir örneği olarak, toplumsal gelişim ve farklılaşmanın hukukun gelişiminin ürünü olduğunu savlamaktadır. Bu eserde, hukuksal geli-

<sup>21</sup> Ibid. s. 136

<sup>22</sup> Ibid. s. 149

<sup>23</sup> Ibid. s. 163

<sup>24</sup> Ibid. s. 164

<sup>25</sup> Ibid. s. 165

<sup>26</sup> Ibid. s. 14 vd.

<sup>27</sup> Onur Karahanoğulları, Marksizm ve Hukuk – Diyalektik Hukuk Bilimi, Yordam Kitap, İstanbul, 2017, s. 25 vd.

şimin toplumsal yaşama en dolaysız etkisi, statülerden doğan sorumlulukların yerini sözleşmeden doğan sorumluluklara bırakmasında görülmektedir. Maine'in Antik Hukuk'ta statü ve sözleşme arasında kurduğu ilişki, hukuk biçimi tartışmasının adı konulmamış ilk örneği olarak değerlendirilmeyi hak etmektedir. Diğer bir deyişle, Maine, bu kavramları kullanmamışsa da (statü) yükümlülük biçimiyle (obligation form of law) başlayan hukukun, hukuki kurgu, eşitlik ve yasamanın kullanımıyla sözleşme biçimine (contractual form of law) doğru ilerlediğini, bir biçimden başka bir biçime sıçradığını savlamaktadır. Antik Hukuk kitabı, temelde bu sava indirgenabilir.

### İNSANLAR ARASI İLİŞKİYİ HUKUKİ İLİŞKİYE DÖNÜŞTÜREN SÖZLEŞME

Hukuk disiplini altında araştırmacının nesnesi, hukuk kuralları ve mahkeme kararlarıdır. Bunların analiziyle, hukuki ilişkiyi parçalara ayıracak olsak iki ögeyle karşılaşırız: insanlar arası ilişki ve bu ilişkinin belirli bir biçimde yeniden üretilmesi için kullanılan zorlama (zor kullanma)<sup>28</sup> (özgürlüğü kısıtlamak, mala el koymak, alt soyuyla görüşmesini engellemek, vb.). Toplumsal normun hukuk biçimini toplumsal normun diğer biçimlerinden (din, ahlak, aile, vb.) ayıran unsur, doğrudan doğruya kendini eli verir gibi görünmektedir: zor kullanma.

Analiz derinleştirildiğinde, görünenle tezat oluştururcasına, hukuk biçiminin ayırt edici unsurunun, zor kullanımından değil, zor tekeliyle güvenceye bağlanan kuralların özgünlüğünden doğup geliştiği görülmektedir. Bir başka deyişle, hukuku insanlık tarihinde bir durak olarak yaratıp geliştirenin, ilksel hukukun öznesi olan *pater familias*ların, köleleriyle kurdukları değil *pater familias*larla kurdukları ilişkidir. *Pater familias*lar arasındaki ilişki, değişim ilişkisidir. Topluma (*gens*) ait olan üretim araçlarının ailelere paylaştırılmasının doğal sonucu, toplumsal ürünün onu üreten ailelerin malı olmasıdır. Üretim alanında yaşanan bu dönüşüm toplumsal ilişkiye dolaysız bir etkide bulunur: toplumsal ilişki, insanlar arasındaki ilişki olmaktan, insanların sahip oldukları ürünler aracılığıyla girdikleri ilişkiye (değişim) dönüşür. Toplam toplumsal üretimde artış sağladığı için toplumsal olandan bireysel olana yöneliş, toplumsal ürünün değişimin tarafı olan meta-

<sup>28</sup> Hukuki söyleme "cebri icra" olarak yerleşmiş olan özellik.



lara dönüşmesiyle ele ele ilerler. Üretimin toplumsal düzeyde örgütlendiği aşamada değişim, yalnızca *gensler* arasında ve rastlantısal bir biçimde gerçekleşirken, üretimin aileler arasında paylaştırılan üretim araçlarıyla gerçekleştirildiği aşamada değişim, toplumsallığı sağlayan bağ olarak aileler arasındaki merkezi bir ilişki haline gelir.<sup>29</sup> Kapalı aile ekonomilerinin sınırlılığından toplumsallığa geçiş ancak metaların dolayımıyla temas eden *pater familias*ların ilişkisinde, birbiriyle üretim fazlaları olan ürünlerin değişimi yoluyla gerçekleşir. Toplumsal ilişkinin söz konusu dönüşümü bir yandan toplumsal ürüne, fiziki özellikleriyle tüketicinin ihtiyaçlarını tatmin eden bir şey olmasının (kullanım-değeri olmasının) yanında değişime konu olabilme (değişim-değeri taşıyıcısı olma) özelliği de kazandırırken; diğer yandan değişimin taraflarını hukukun öznesine dönüştür.

Toplumsal normun hukuk biçimini, emek ürününün meta biçimiyle ilişkilendirerek hukuk genel kuramını ortaya koyan Paşukanis'e kulak verelim:

*"Gelişmenin çıkış noktasını insanın nesnelere olan organik, 'doğal' ilişkisi, yani sahiplenme oluşturmuşsa da bu ilişkinin hukuksal bir ilişkiye dönmesi mal dolaşımından yani alım-satımdan doğan ihtiyaçların etkisiyle olmuştur... Yerleşmiş bir pazarın oluşumu, metalara tasarruf etme hakkının ve bunun sonucu olarak mülkiyet hakkının düzenlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Eski Roma Hukukunda, mülkiyetin özelliği, mancipatio per aes et libram (para karşılığı, serbestçe satma), mülkiyetin iç mübadele ile eşzamanlı olduğunun göstergesidir."*<sup>30</sup>

İç pazarın, değişim ilişkisini istikrara kavuşturarak, metaların değerlerinin evrensel eşdeğerle ifade edildiği aşamaya tekabül ettiğini, Marx, Kapital'in I. cildinde ortaya koymuştur.<sup>31</sup> Evrensel eşdeğerin ya da günlük ifadeyle paranın, tek kullanım değeri, değer taşıyıcısı/ifadesi olmasıdır. Değişim dışında hiçbir işe yaramayan bir şey olarak paranın toplumsal ilişkide yaygın bir yer edinmesi, ürün fazlasının her adımda daha fazla değişilmesinin sonucu olması yanında toplumsal ilişkide bir

<sup>29</sup> Friedrich Engels, Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, Sol Yayınları, Ankara, 2005, s. 189 vd.

<sup>30</sup> Evgeni Bronislavoviç Paşukanis, Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, Birikim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 123-4

<sup>31</sup> Karl Marx, Kapital I. cilt, Sol Yayınları, Ankara, 2007, s. 76-81

farklılaşmanın da ifadesidir. Paraya sahip olan taraf belirli bir faydaya değil, sahip olduğu nicelik nispetinde pazara getirilen *tüm toplumsal faydaya erişme olanağına* sahiptir. Paranın söz konusu niteliği, insanın ürünle kurduğu doğal ilişki olan sahiplik ilişkisini tüketir. Sahip olan, ihtiyaçlarını tatmin aracına sahiptir (on binlerce yıldır süregelen doğal ilişki). Sahip olunan meta, para olduğunda ise, sahip hiçbir doğrudan faydaya erişemez; fakat değişim yapmaya zorlanır. Bireyin ürünle kurduğu ilişkiyi sahiplikten mülkiyete dönüştüren işte tam da bu zorlamadır. Çünkü artık ürünle ilişki değil, ürün dolayımıyla toplumla ilişki söz konusudur. Para, sahip olduğu fiziksel özelliklerle hiçbir tüketici ihtiyacını tatmin edemez. Ama para sahibi ihtiyacı olan metalara, para aracılığıyla toplumla kurduğu ilişki sayesinde ulaşabilir. Toplumsal ilişkinin, doğrudan doğruya insanlar arası ilişki olmaktan, insanların metaları dolayımıyla kuruldukları bir ilişkiye dönüşmesinin, bireyin emeğinin ürünüyle kurduğu ilişkiye yansması, sahiplikten mülkiyete geçiştir.

Para, diğer pek çok dönüşüm yanında, sahiplikten mülkiyete geçişin de temsilcisidir. Cebinde parası olan kişi, kendisine hiçbir doğrudan fayda sağlamayan ve üzerinde bir merkez bankasının adını taşıyan kâğıda ve o kâğıdın temsil ettiği toplumsal değere maliktir.<sup>32</sup> Paranın maliki, tıpkı elma ya da kitabın maliki gibi metası üzerinde “ayni hakka” sahiptir. Yani “herkes hak konusu eşya üzerinde faaliyette bulunmaktan kaçınmak zorundadır ve [hiç kimse] davranışlarıyla eşya/şey üzerinde hak sahibine engel olamaz (Paşukanis, 2002:123)”. Ancak değer (değişim) ilişkisinin sonucu olarak doğan para, diğer tüm metalardan niteliksel olarak farklıdır. Bu durum, para sahibini, sahiplik ilişkisindeki doğal yönü aşan ve onu ürüne değil topluma bağlayan yeni bir biçim doğurur. Kişinin eşyayla ilişkisinin toplum dolayımıyla ifade edilmesi gerekliliği (üçüncü kişileri eşyadan yasaklama), kişinin toplumla ilişkisinin şeyler dolayımıyla kurulduğunun hukuki ifadesidir. Çünkü para sahipliği, ancak üçüncü kişilerin ürettiği metalara erişme imkânı sağladığı ölçüde ürünle sahip arasındaki bir ilişkidir; yani aslında bu ilişki ürünle sahibi arasında değildir; ürün yalnızca toplumsal ilişkinin kurulması için bir dolayım/katalizördür. Paranın kendisi, topluma, para sahibinin ihtiyaçlarını karşılayabileceği, tabiri caizse “gerçek” kullanım-değerlerini sunma “borcu yükler.” Sahiplik, bire-

<sup>32</sup> Paranın mülkiyetle ilişkisi itibari olmayan paralar içinde geçerlidir.

yin ürünle ilişkisi iken; mülkiyet, bireyin toplumla hakka konu mal üzerinden ilişkisidir.

Zor kullanmanın ayırt ediciliğiyle kendini gösteren hukukun, pazarda karşı karşıya gelen maliklerin “özgür” iradelerinin ürünü olması, sağduyuya aykırı görüldüğü oranda hukukun bilimsel kavranışına yakın düşmektedir. Hukuk, toplumsal ilişkinin, insanlar arası ilişkiden, malikler arası ilişkiye dönüşmesine sebep olan değişimin, toplumsal yeniden üretim için zorunlu hale geldiği aşamada, yani her gün tekrar tekrar taraf olunan sözleşme ile doğmuştur (iç pazarda temsilini bulan istikrar kazanmış değişim). Maine’in, hukuku, insanlığın doğal durumu olarak gördüğü ataerkil despotik dönemden beri var olan bir toplumsal biçim olarak kavraması onun hukuk genel kuramına ilişkin hatasıdır. Ancak onun bu hatası, hukuki biçimde değişiklik olarak kavranması mümkün olan *statüden sözleşmeye* yaklaşımının Paşukanis’in yolunu açtığı çizgiden yorumlanmasına engel olmamaktadır.

### **MAİNE’İ PAŞUKANİS’LE OKUMAK: STATÜDEN (PARA-BİÇİMDEN) SÖZLEŞMEYE (SERMAYE-BİÇİME)**

Emek ürününün meta biçimi (değişim) ile toplumsal normun hukuk biçimi arasında çok kuvvetli bir bağ olduğunu savlayan yaklaşım (Paşukanis’in kurucusu olduğu Meta Mübadelesi ya da Hukukun Sönümlenmesi Okulu) bakımından, hukukun dönüşümünün kavranması, metanın değişim değerindeki farklılaşmayı ifade eden değer biçiminin dönüşümünün kavranmasını gerektirmektedir.

Marx’ın her sermaye paradır ama her para sermaye değildir tespiti; para-biçim ile sermaye-biçim arasındaki yakın bağı ortaya koyar. Bu ilişki, modern (kapitalist) hukuk ile Roma Hukuku arasındaki bağı yakınlığıyla hukuk disiplini içerisinde de ortaya konulmuştur. Roma hukukunun borçlar (*yaşayanlar arasındaki mal varlığı hukuku* ya da kişilerin mallar dolayısıyla kurduğu ilişkinin hukuku) ve eşya hukuku (*mallar üzerindeki haklar*) bölümlerinin, modern hukuka neredeyse değiştirilmeden alındığı bilinmektedir. Bu duruma gerekçe olarak, ticaretin merkezinin Roma olması ve medeni ilişkilerin değişmesine karşın ticari ilişkilerin değişmeden sürmesi gösterilmektedir.<sup>33</sup> Öyle ki

<sup>33</sup> Bülent Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları İstanbul, 2005, s. 7

Roma Hukuku ve kapitalist hukuk, hukuk olmaları yönüyle sözleşme ilişkisinin tüm temel kavram ve öğelerinde ortaklaşırlar: *“Roma Hukuku, borçlar hukuku alanında olağanüstü bir gelişme göstermiştir. Borçların birçok ilkesi, kavramı, akit, haksız fül, borcun sona erme sebepleri, çeşitli akit tipleri, temerrüt, hata, hile, tehdit, sebepsiz zenginleşme ve diğerleri inceden inceye işlenmiştir”*.<sup>34</sup>

Para-biçiminden sermaye-biçimine geçiş, basit meta üretiminden genelleşmiş meta üretime geçişi ifade eder. Kapitalizm öncesi toplumsal formasyonlarda doğrudan üreticiler (emekçiler) çeşitli bağımlılık ilişkileri altında yaşıyor ve çalışmalarının sonucu olan ürüne ya sahip olmuyorlar (köleler) ya da sahip oldukları ürünlerle ancak istisnai koşullarda değişime taraf oluyorlardı. Kapitalist toplumu kendinden önceki toplumsal formasyonlardan ayıran en belirgin özellik, doğrudan üreticilerin arızı olmayan bir şekilde çalışma kapasitelerine meta olarak malik olmalarıdır. Kapitalist toplum öncesinde karşılaşılan basit meta üretimlerinin hiçbirinde, tüm toplumu kapsayacak bir genelleşme, doğrudan üreticilerin “özgür” olması söz konusu değildi; çünkü topraktan doğan yükümlülüklerden azade olmak topraksız olmayı ve aç kalmayı beraberinde getiriyordu. Ancak genelleşmiş meta üretiminin ekonomik yapısı, doğrudan üreticileri, eski toplumun tüm bağımlılık ilişkileriyle birlikte kendi geçimlerini sağlamak için gerekli olan üretim araçlarından (toprak, ham madde ve her türlü alet edevat-tan) özgürleştirerek işçileştirdi.

Bahsi geçen işçileştirme süreci, doğrudan üreticiyi, para sahibinin toplumla metası dolayısıyla kurduğu ilişkiye benzer bir ilişkiye iter. Paraya sahip olanın para üzerinden toplumla ilişki kurmasının paranın özgünlüğünden kaynaklanan bir zorunluluk olması gibi, doğrudan üreticinin, doğrudan üretici olarak sahip olduğu çalışma potansiyeli, onu işçileştirirken üretim araçlarının ondan koparılması sebebiyle onun mülkü olan emek-gücü metasına dönüşür. İşçi, emekçi olarak var olabilmek için çalışmak, çalışmak için toplumla emek pazarından geçen bir ilişki kurmak zorunda kalır ve pazarda sadece maliklerin sesi işitilir. Emek faaliyetinin doğallığı, çalışma potansiyelinin mülkiyete (emek-gücü metasına) dönüşmesiyle sona ererek hukukun konusu haline geldi. Bu durum, kapitalist toplumda, başka hiçbir toplumda

---

<sup>34</sup> Ibid.

olmayan ölçüde, toplumsal üretimin tüm unsurlarının (üretim araçları, üretimin konusu ve üretme gücü) hukukun konusu haline gelmesinin iktisadi zemini oluşturur. Üretimin tüm unsurlarının mülkiyete konu olduğu bir toplumsal durumda, insanların mülki sahibi bireyler olarak özneleşerek hukukun özneleri haline gelmesi kaçınılmazdır.<sup>35</sup> Maine'in kaleminde, hukuki gelişmenin ürünü olan sözleşme biçiminin bir lütfu olarak sunulan tüm statü ve yükümlülüklerden arınmış özgür kişi (hukuk sujesi)<sup>36</sup>, özünde, çalışma ilişkinin doğallığının parçalanarak üretimin her bir ögesinin (emek/emek-gücü metası, emeğin araçları/sermaye, emeğin konusu/rant) mülkiyete konu edilmesinin sonucudur. Sahiplikten mülkiyete geçişin emeği de kaplamına almasının hukuki ifadesi, "medeni" toplumların medeni kanunlarında tüm insanlara bahşedilen *hak ehliyeti*'dir.<sup>37</sup>

### SÖZLEŞMEDEN "İSTEM"E

Roma hukuku, sahiplikten mülkiyete geçişin, diğer bir deyişle, doğallıktan hukukiliğe geçişin dinamiklerini takip imkânı sağladığı için, hukuki kavrayışını keskinleştirmek isteyen hukuk bilimciler için önemli bir araştırma nesnesidir. Maine'in, "statü"ler hukuku olarak değerlendirdiği Roma Hukuku'yla sözleşme hukuku olarak kavradığı modern (kapitalist) hukuk arasında kurduğu ilişki, her iki hukukun

<sup>35</sup> "Öznelerin her biri birer mübadelecidir, yani her birinin ötekiyle olan toplumsal ilişkisi, ötekinin onunla olan ilişkisinin aynıdır. Mübadelenin özneleri olarak aralarındaki ilişki ... eşitlik ilişkisidir." Bkz. Karl Marx, Grundrisse, Birikim Yayınları, İstanbul, 1979, s. 272 "... karşılıklı birbirini birer mülk sahibi olarak iradesi metasına sinmiş birer kişi olarak tanı[maktır.]" Bkz. Ibid. s. 276

<sup>36</sup> "Açıktır ki, metalar pazara kendi başlarına gidemezler ve kendi hesaplarına değişim yapamazlar... Bu nesnelere, birbirleriyle meta olarak ilişki içine girebilmeleri için, koruyucuların, iradeleri bu nesnelere yerleşmiş kimseler olarak birbirleriyle karşı karşıya gelmeleri ve karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşma olmaksızın, birisi diğerinin metasına el koymayacak ve kendi isteği ile ondan ayrılacak biçimde hareket etmelidirler. Bu nedenle, bu kişilerin, birbirlerinin özel sahiplik haklarını karşılıklı olarak tanımaları gerekir. Böylece, bir sözleşmede ifadesini bulan bu hukuksal ilişki, bu sözleşme, gelişmiş bir yasal sistemin bir parçası olsun ya da olmasın, iki irade arasındaki bir ilişkidir ve bu haliyle iki insan arasındaki, gerçek ekonomik ilişkinin yansımından başka bir şey değildir. Bunun gibi her hukuksal sözleşmenin konusunu belirleyen şey, işte bu ekonomik ilişkidir. Burada kişiler birbirleri için yalnızca metaların temsilcileri ve dolayısıyla sahipleri olarak vardır". Bkz. Marx, Kapital I. cilt, s. 94-5

<sup>37</sup> Türk Medeni Kanunu md. 8, "hak ehliyeti": "Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler."

da temelinin sözleşme olduğunu perdelemesi yönüyle yanıltıcıdır. İki hukuk arasındaki ilişki (benzerlik ya da farklılık), sözleşmenin (değişimin) toplumsal ilişkiyi kapsamına aldığı orana indirgenebilir. Roma toplumu, emekçinin mal olarak değişime konu olduğu bir toplumdur; kapitalist toplumda ise emekçi, mal (emek-gücü metası) sahibi olarak değişime taraf olur.

Maine'de statü ve sözleşmenin hukukun farklı biçimleri olarak sunulması hatalıysa da bu girişimin hukuk biçimi tartışmasına tahvil edilebildiği ölçüde söz konusu hata göz ardı edilebilir. Kapitalist toplumda sözleşmenin, üretimin tüm öğelerini (emek, doğa ve üretim araçları) kapsamına almasını takiben vukuu bulan gelişmelerin, Maine'de adı konulmayan *biçim tartışmasının* muhtevasını oluşturduğu düşünülmektedir. Hukukun (değişimin) toplumsal ilişkisinin merkezi konumunda bulunduğu bir dönemde, sözleşmenin kapsamında olan alanların, sözleşme (hukuk) ilişkisini parçalayarak ortadan kaldıramasa bile sözleşme ilişkisini bozup dönüştürerek yarattığı toplumsal gerçekliğin kavranması bakımından *hukuk biçiminin* tartışmaya dahil edilmesi, kullanışlı bir araç gibi görünmektedir.

O halde değişikliğe uğradığını iddia ettiğimiz sözleşme ilişkisinin ne olduğuna yakından bakalım. Bu açıdan devrim sonrası Fransa'ya göz atmak faydalı görünmektedir. 1791 tarihli *Le Chapelier Yasası*, sözleşme biçiminin sınırlarını, bu sınırlar dışında kalanları yasaklayarak belirlemesi ve diğer ülkelere emsal olması bakımından adıyla anılmayı hak etmektedir. Bilinen anlamıyla toplumsal devrim yaşamadığı için hukuki normlarda gelişimi izlemek için İngiliz sistemi ne kadar işlevselse, kapitalist hukuk biçiminin özgünlüğünün ortaya konulması bakımından Fransız Devriminin yasalarını incelemek o ölçüde işlevseldir. İngiltere'de 1759'dan itibaren tikel olaylar özelinde sulh mahkemelerinin, zanaatçıların yardımlaşma sandığı oluşturmak başta olmak üzere örgütlenmelerini yasakladığı bilinmekle birlikte, *Le Chapelier Yasası'nın* eşdeğeri olan *General Combination Act*, İngiltere'de, 1799 yılında yürürlüğe girdi. Anılan yasayla işçilerin grev yapmak ya da iş bırakmak suretiyle manüfaktür, ticaret ya da iş hayatını engelleyen her türlü etkinliği yasaklandı.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> W. Hamish Fraser, *A History of British Trade Unionism, 1700-1998*, Macmillan, Houndmills, 1999, s. 4, 10



1789 Fransız Devrimi sonrasında oluşturulan Ulusal Meclis politik konularda çalışmalarını sürdürürken, Paris'in dört bir yanında, işçiler, ücret artışı başta olmak üzere ekonomik taleplerle grevler düzenlediğinde, Le Chapelier Yasası, Fransız Anayasasının koruduğu özgürlüklerin sınırlarını açıkça deklare etti: Aynı sektör ve meslekte vatandaşların bir araya gelerek oluşturdukları her türlü "lonca"; aynı meslekte vatandaşların ortak çıkarlarını savunmak için bir araya gelip bir temsilci belirlemeleri; aynı mesleği icra edenlerin sektörlerinde fiyatları ya da emeklerinin ücretini belirlemeye yönelik kendi aralarında anlaşmaları veya örgütlenmeleri yasaktır!<sup>39</sup> Le Chapelier Yasası, sözleşme biçiminin karakteristiğini net biçimde ortaya koymaktadır: bireysel mülkiyet ve malikler arası "özgür" ilişki. Ve anılan özgürlüğün hukukla iç içe geçmişliği Fransız Medeni Kanunu'nda çarpıcı bir şekilde ifade edilmektedir: sözleşme biçimi altında bireyler kendi hukuklarını yaratmakta özgürdür.<sup>40</sup>

Hukukun sözleşmeyle, sözleşmenin emek ürününün meta biçimiyle, meta biçimin sahiplikten mülkiyete geçişle, mülkiyetin de kolektif karşıtı olarak bireyle aynı kavram setinin (Meta Mübadelesi ya da Hukukun Sönümlenmesi Okulu'nun kavram seti) unsurları olduğunu gördük. O halde hukuk biçiminde (sözleşme biçimi) bir değişiklik iddiası, meta değişimindeki dönüşüm iddiasıyla kendini izaha muhtaçtır. Bu dönüşüm, sermaye-biçiminin belirleyici metası olan emek-gücünün değişim koşullarında meydana gelmiş olmalıdır. Hukuk biçimindeki dönüşümün dinamiklerini belirginleştirmek için, emeğin kapitalist üretim ilişkileri altında elbirliğinden fabrika üretim tarzına geçerken yaşadığı dönüşüme ve bu dönüşümün emek-gücü metasının değişim ilişkilerine ne şekilde etki ettiğine yakından bakalım.

Her ne kadar kapitalizmin fabrika üretim tarzıyla zihinlerde canlandırılması alabildiğine yaygın olsa da işçileşen emekçiler, "*kabaca 16. yüzyılın ortasından 18. yüzyılın son üçte birine kadar uza[nan]*"<sup>41</sup> dönemde, çok sayıda işçiyi istihdam edecek sermaye birikiminin ürünü olan, elbirliğine dayanan manüfaktür üretim tarzıyla kapitalizmin tarih

<sup>39</sup> John Hall Stewart, A Documentary Survey of the French Revolution, Macmillan, New York, 1951, s. 165-6

<sup>40</sup> Code Civil md. 1134: "Hukuka uygun şekilde yapılmış sözleşmeler, onları yapanlar arasında kanun hükmündedir."

<sup>41</sup> Marx, Kapital I. cilt, s. 327



sahnese çıkışına tanıklık ettiler. “Üretim tarzı yönünden manüfaktür, sözcüğün dar anlamıyla, ilk aşamalarında lonca el zanaatlarından, bir ve aynı bireysel sermaye tarafından aynı anda çok sayıda işçi kullanılması dışında güçlkle ayırt edilir. Ortaçağ lonca ustasının iş yeri, yalnızca genişlemiştir.”<sup>42</sup> İşçilerin, elbirliğini nitelikli hale getiren işbölümüyle işçilerin ürünün belirli kısımlarında uzmanlaşması, manüfaktür dönemi boyunca da üretkenliği artırmanın yegane yoluydu. Üretimin amacının kar etmek olduğu bir sistemde, üretkenlik artışı sağlayan iş bölümünden faydalanılmaması düşünülemezdi. Üretim sürecinin iş bölümüyle parçalanması, parça işçiye dönüşen tekil işçilere karşın kolektif işçinin doğmasıyla sonuçlandı. İş bölümünün, hukuki özne olan işçileri, parça işçi haline getirerek hukukun tanımadığı kolektif işçinin bir uzvu, kolektif varoluşun tekillikleri haline getirmesi, manüfaktür dönemi boyunca artarak devam ettiyse de en olgun haline, fabrika üretim tarzıyla erişti. “Basit elbirliğinde ve hatta iş bölümüne dayanan elbirliğinde tek başına çalışan işçinin yerini kolektif işçinin alması, az çok rastlantıya bağlı bir şey gibi görünür. Oysa makineler daha sonraki durumlarda, birkaç istisna dışında, yalnızca birleşmiş emek ya da ortaklaşa emekle işletilir. Demek ki burada, emek sürecinin ortaklaşa niteliği, emek aracının kendisinin zorladığı teknik bir gerekliliktir”.<sup>43</sup>

Kapitalist üretimin içsel dinamiklerinin sonucunda, üretim araçlarında görülen dönüşümün, emekçileri kolektif olarak etkinlikte bulunmaya zorlamasının yalnızca üretim alanıyla sınırlı kalmayan, emek pazarına da yansıyan sonuçları oldu. Tek başlarına iş göremeyen işçiler, üretim sürecinde kazandıkları kolektif karakteri emek pazarına da taşıdılar. Üretimin kolektif niteliğin bir görünümü olarak, emek, emekçinin mülkiyeti dolayımından geçmeden (emekçilerin metası olarak emek-gücü yerine doğal bir üretim gerekliliği olarak iş yeri ya da iş kolunda faaliyet için gerekli olan toplam emeğin temsili) işçi yardımlaşma sandıkları ya da sendika örgütlenmelerinde kolektif temsilini buldu. Üretimin öğelerinden biri olan emek, meta biçiminde, maliki olanın piyasaya getirdiği bir üretim ögesi olmaktan çıktı. Toplumsal emek, onun üreticisi olan tek tek emekçilerin bireysel tasarrufuyla piyasanın “özgürlük”ler ortamında değil, kolektif işçinin muhataplığın-

---

<sup>42</sup> Ibid. s. 313

<sup>43</sup> Ibid. s. 372

da üretim alanına taşınabilir hale geldi. Sözleşme biçiminin yukarıda yer verdiğimiz sınırları hatırlandığında, açık ki, mülkiyet dolayımıyla ilişki kurmayı reddeden bir toplumsal özne olarak kolektif işçinin mevcudiyeti, malikler arası ilişkinin biçimi olan sözleşme biçimiyle kavranması mümkün olmayan bir toplumsal olgudur.

1850'li yıllardan itibaren sistemli bir biçimde gerçekleştirilen toplu pazarlık görüşmelerinin (collective bargain) muhatabı olan sendikalar (trade union)<sup>44</sup>, sözleşme biçiminin (contractual form of law) genel kurgusundan yalnızca öznenin bir kolektif olması yönüyle değil, aynı zamanda bu kolektif öznenin grev adıyla bilinen zor kullanma yetkisine sahip olmasıyla da radikal bir kopuştur. Sahipliğin doğal biçiminden mülkiyete geçişin yarattığı dolayım, toplu pazarlık sürecinde görülmemektedir. Kolektif işçinin toplumsal bir özne olarak kendini gösterdiği durumlarda, üretim araçlarının ve emeğin temsilcileri, mülkiyet dolayımıyla malikler olarak değil (hukuki özneler olarak değil), maddi üretimin unsurları olarak karşı karşıya gelmekte, anlaşma noktasını belirlemek için zorlama araçlarını kullanabilmektedir (grev ve lokavt). Burada karşımıza çıkan zor, sözleşme biçiminin (hukukun) mütemim cüzü olan zordan niteliksel olarak farklıdır. Malikler arası ilişkinin (akdin) gerektirdiği bağlılığı cebri icrayla kuran değil, mülkiyet dolayımına girmeyen, doğrudan doğruya üretimdeki pozisyonlarıyla, emek ve üretim aracının sahipleri arasındaki itiş kakışın aracı olan bir zordur. Sözleşmenin sınırları içerisinde görülmesi mümkün olmayan bu toplumsal pratik esasen, mülkiyet dolayımıyla kurulan toplumsal ilişki olarak hukukun (sözleşmenin) sınırlarının ötesine geçmektedir.

Sözleşme biçiminin muhtevasını oluşturan bireysel mülk sahipliğinin (meta-biçim) kapitalist üretim ilişkilerindeki merkezi konumu sebebiyle, bu ilişkiler mevcudiyetini sürdürdüğü müddetçe, sözleşme biçiminden bütünüyle uzaklaşılması mümkün değildir. Ancak kolektif işçinin toplumsal etkisiyle doğru orantılı olarak, toplumsal yeniden üretimin bazı alanları sözleşme biçiminden koparılarak - bu biçimin belirleyiciliği altında ve onun yanı başında doğan - yeni biçimin, *istem biçiminin* (claim form of law) belirlenimleriyle yeniden örgütlendi. Biçim tartışmasının hukuk bilimine yabancılığı sebebiyle, istem biçimi, ayrı bir biçim olarak sözleşme biçiminin karşısına konulmak yerine,

<sup>44</sup> Fraser, s. 54 vd.

sözleşme biçimine varması gereken az gelişmiş, kusurlu bir hukuki durak olarak kavrandı. Oysa istem biçiminin doğması, sözleşme biçiminin taşıyamayacağı bir toplumsal ilişkinin/pratiğin, hukukileşmesinin ürünüdür. Diğer bir deyişle, istem biçimi, toplumsal normun hukuk biçiminden doğal biçime bir yöneliştir. Bu durum, Marx'ın kapitalist üretimin 1800'lü yılların son yarısında işçi kooperatiflerini incelerken ortaya koyduğu saptamayı hatırlatır: *"eski biçim içerisinde yeninin ilk sürgünleri..."*<sup>45</sup> İstem biçimi bir yandan hukukun bir biçimidir çünkü kendisi doğrudan doğruya meta ilişkisinin ifadesi olmasa da genelleşmiş meta üretiminin aşılmanın sınırları içerisinde; diğer yandan meta biçimin özgünlüğü olan dolayım ilişkisinin aşıldığı bir biçim olarak hukuk-olmayana bir yöneliştir. Bu ikili karakter istem biçiminin içsel çelişkisi olarak her adımda kendini gösterir.

Bu noktada Paşukanis'in örneği kendini hatırlatır: *"... demiryollarından kaynaklanan sorumluluğa ilişkin hukuksal kurallar, farklılaşmış özel çıkarları, özel hukuku varsayarken, demiryolu trafiğine ilişkin teknik kurallar en çok randıman sağlama gibi ortak amacı varsayar"*.<sup>46</sup> Demiryolunun toplumsal sahipliğiyle (idaresiyle) başlayan dönüşüm, demiryoluyla gerçekleştirilebilecek en etkin faaliyetin insanların ve malların taşınması olduğu gerçeğine dayanan bir ortak amaca işaret eder. Bu alanda gerçekleştirilecek üretimde karşılaşılması muhtemel sorunlar, taşıma hizmetine ilişkin beklentinin karşılanmaması ya da hizmet sırasında doğması olası zararların giderilmemesi şeklinde ortaya çıkar. Bu noktada, mağdur bireyde beliren beklentinin toplumsal üretimde giderilmesi gereken bir sorun olarak kavranmasıyla, hukuki öznenin tazminat hakkı olarak kavranması arasındaki fark, biçim tartışmasının hipotetik örneğini oluşturur. Toplumsal üretimdeki aksaklık ve yetersizlikler, sorunun muhatabının tüm toplum olduğu ve bu muhataplıkla hareket eden (fiili ilişkinin taşıyıcısı - ikamet etme, kullanma gibi) bireylerin istemleriyle olması gereken yönde değiştirilebilir. Ya da yalnızca menfaati ihlal edilen *"tam ve somut cisimlenişini* mülk sahibi, özel çıkar sahibi, bencil, iktisadi özne" de bulan *"hukuk öznesi"* nin<sup>47</sup> muhataplığında, *"sözleşmenin ihlali"* olarak kavranıp *"dava"* da edilebilir.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Karl Marx, Kapital III. cilt, Sol Yayınları, Ankara, 2007 s. 389

<sup>46</sup> Paşukanis, s. 78

<sup>47</sup> Ibid. s. 77

<sup>48</sup> Hukuksal dünya görüşünün iddia ettiğinin aksine, toplumsal üretimin bireysel

Kolektif işçi, üretim tarzındaki dönüşümün sonucu olarak doğmuştur. Modern topluma ait bir kolektif özne olarak, kolektif işçi, toplumsal üretimin gerekliliği olan, toplumsal iş saatinin toplumsal ihtiyaca göre farklı üretim alanlarına yönlendirilmesi, “eşit işe eşit ücret” talebinde ifade edilen emeğin ölçen olduğu bir eşitlik arayışının toplumsal ölçekte tatminini sağlayabilecek muhataptır. Diğer bir deyişle, kolektif işçi, Paşukanis’in örneğinde ortaya konulan biçimsel farkın kurucu öznesidir.

İstem kavramı, meslekten hukukçunun bu kavramın taşıdığı ilişkiyi “hak” olarak zihninde canlandırma eğilimine karşın, hak kavramın taşıdığı hukuki (sözleşme biçime ait) yüklerden kurtulmak arzusuyla bilinçli olarak tercih edilmiştir. Tam da Marx’ın ifade ettiği gibi “*Hak niteliği gereği, ancak aynı ölçütün kullanılmasından ibaret olabilir... kusurlardan kaçınmak için hakkın eşit olmak yerine bilakis eşitsiz olması gerekir.*”<sup>49</sup> İstem biçimi bu “eşitsiz”liğe yönelen bir biçim olarak alabildiğine hukuki yüklerden kaçınmayı gerektirmektedir.

1870’li yıllardan itibaren hukuk düzenince tanınmaya başlanan sendikaların,<sup>50</sup> kolektif işçiyi hukuk sisteminin bir parçası haline ge-

---

istemler doğrultusunda dönüştürülmesi ya da bireylerin toplumsal ihtiyaçların tatmini sebebiyle katlanmak zorunda kaldıkları bireysel zararlarının giderilmesi (tazmini değil), toplumsallığın malik bireylerin bireysel ilişkilerinin toplamı olarak kavranmadığı (sözleşme-dışı) durumlarda da mümkündür. Hatta, mümkün olmanın ötesinde, istem biçiminin, sözleşme biçimi hilafına doğup gelişmesini sağlayan koşullar, istem biçiminin modern toplumu kavramak bakımından sözleşme biçiminden çok daha işlevsel olduğuna işaret etmektedir. Bu bağlamda, yalnızca sözleşme-dışı biçimlerin düşünsel bir yaratı olmanın ötesinde toplumsal pratiğimizin bir parçası olduğunu hatırlatmak adına, idare hukukunun kusursuz sorumluluk ilkeleri burada anılabilir. Sözleşmenin kapsamı dışında kalan toplumsal üretim alanı olarak kamu hizmetinin [bkz. Onur Karahanogulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002] sürdürülmesi için gerekli riskli faaliyetlerden doğan bireysel zarar ya da risk olması bile toplumsal ihtiyaçların tatmini sırasında belirli bireylerin diğerlerinden farklı olarak katlanmak zorunda kaldıkları zararların toplum (idare) tarafından giderilmesi gerektiğini kabul eden muhakeme sözleşme-dışı bir biçimdir. İdare hukukunda, hukuki ilişkinin bir görünümü olarak zararın giderilmesinin değil tazmininin hedeflendiği; tazminatın hesaplanmasında sözleşme ilişkisinin belirleyici bir ölçüt olduğu; bireysel zararın idare hukukundaki tazminat miktarının özel hukuktakinden mağdur aleyhine farklılaştığı hususları burada ortaya konulan ilişki bakımından önem taşımamaktadır. İdare hukukuna değil, bu alanda geliştirilen muhakemeye işaret edilmesinin sebebi de budur.

<sup>49</sup> Karl Marx, Gotha Programının Eleştirisi, İnter Yayınları, İstanbul, 1999, s. 27-8

<sup>50</sup> İlk Sendika Yasası (Trade Union Act) 1871 tarihli ve İngiltere menşelidir. Bkz. Fraser, s. 47

tirmesi, sözleşme biçiminin, kendi alternatifini yaratmaya aday yenilikleri kapsamına alabilme (içleminden indirime giderek elbette) kabiliyetine işaret etmektedir. 1960'lı yıllarda başlayan ve halen etkilerini sürdüren ekonomik ve politik dönüşümün sonucu olarak sözleşme biçiminin daha önce yitirdiği alanları yeniden kuşatması, istem biçiminin taşıdığı yönelişin, çok da zor olmayan bir şekilde karşısına geri dönebileceğinin göstergesidir. Bu yönüyle süreç, işçi kooperatiflerini hatırlatır: işçilerin emek birliği olarak doğan kooperatiflerin, çoğunlukla, işçilerden bazılarının diğerleri aleyhine zenginleşmesinin aracına dönüştüğü bilinmektedir.

Hukukun sözleşme biçimi ile istem biçimi arasındaki ayrışma ya da karşıtlık, temsilcisi olduğu toplumsal pratik ve ilişkilerde izlenebilir. Sözleşme biçiminde, emeğin ürünü mal ve hizmet meta biçimindedir; toplumsal ilişki, malik bireylerin ilişkilerinin toplamıdır (tekil-tekil); bireyin mal ve hizmetle bağı, herkese karşı ileri sürülebilir bir hakimiyet ilişkisidir (mülkiyet). Toplumsal ilişki, bireysel ilişkiler toplamına tahvil edilmişken, hukukun "toplumsal" norm vasfı, toplumsal yeniden üretimin her ögesinin bireysel mülkiyet olarak hukukileşmesinden kaynaklanır. Servetin para formunda hayal edilmesinin sonucu olarak satın alınması öngörülen tüketim mallarının toplumsal ölçekte üretildiği bireysel deneyimlerle uyuşmayan afaki bir iddia olarak görülmektedir. Çünkü toplumsal ilişki bireysel/tekil ilişkilerin basit bir toplamı olarak kurgulanmaktadır.<sup>51</sup>

Buna karşın, istem biçiminde, emeğin ürünü mal ve hizmet kamusal mal ve hizmet biçimindedir; toplumsal ilişki toplum ile birey arasındadır (genel-tekil); bireyin mal ve hizmetle bağı, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyen, yalnızca toplumsallığın ilgili mal/hizmet özelindeki temsilcisine karşı ileri sürülebilen kullanım talebi (istem) biçimindedir. İstem biçiminin bir hukuk biçimi olması yalnızca sözleşme biçimiyle birlikte ve onun belirleyiciliğinde var olmasından kaynaklanır. İstem biçimini yaratan muhteva toplumun toplumsal yeniden üretimidir.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> "...Burjuva toplumu ayırt eden özellik, genel çıkarın özel çıkarlardan ayrılması ve bunların birbirine karşıt olmasıdır. Genel çıkar, söz konusu karşıtlık çerçevesinde, kendiliğinden özel çıkar biçimini, yani hukuk biçimini alır". Bkz. Paşukanis, s. 103

<sup>52</sup> "...Toplumsal işlevin, basit bir toplumsal işlev gibi hukuk kuralının da basit bir düzenleyici kural gibi değerlendirilmesi girişimleri hukuksal biçimin ölümü anlamına gelir. Hukuksal biçiminin ve hukuksal ideolojinin ortadan kaldırılmasının gerçek koşulu, bireysel çıkarlarla toplumsal çıkar arasındaki karşıtlığın anlaşıldığı bir toplumsal durumdur". Bkz. Ibid.

İstem biçiminin temsil ettiği hukuk-olmayana yönelişin, mülkiyetten sahipliğe bir geri dönüş olması beklenmez. Üretimin bireyselleşmesinin, toplam toplumsal üründe artışa olanak sağladığı bir tarihsel durağın ürünü olduğunu ve bireyin ürünüyle doğal ilişkisi olan sahiplenmenin, ürün değişiminin toplumsal ilişkinin bir parçası haline gelmesiyle mülkiyete dönüştüğünü gördük. Bir toplumsal özne olarak kolektif işçinin varlık kazanması ve ölçek ekonomisinin istisnai alanlar dışında üretimin geneli için geçerlilik kazanması, yeni bir tarihsel duruşa işaret ederken, hukuk-olmayana yöneliş olarak istem biçiminin, bireyin eşya ile doğrudan ilişkiye geri dönüşü değil, bireyin toplumsal üretimin toplumsal idaresine (yönetim ve planlama) aktif katılımına bir yöneliş olduğu ortadadır. Bireysel mülkiyetin (sözleşme biçiminin) belirleyiciliği altında olduğu için, istem biçimi, bireysel mülkiyete karşı toplumsal mülkiyet gibi kavranabilse de o, hukuk-olmayana bir yöneliş olarak mülkiyet dolayımının aşılmasını gerektirir. Bir örnekle somutlamak gerekirse, toplu taşıma hizmetinin üretilmesi için gerekli olan taşıma araçları *toplumsal mülkiyet* olarak kavramak özel mülkiyetin karşıtı olduğu ve özel mülkiyetin belirleyiciliği altında olduğunu ifade etmek bakımından ne ölçüde işlevselse, toplumsal olanın mülkiyet olamayacağını gizlemesi yönüyle o ölçüde kusurludur. İstem biçimi altında bireyin mal ve hizmetle kurduğu ilişkinin bir hakimiyet değil, kullanma talebi (istem) olduğuna değinmiştik. Belediyenin toplu taşıma araçları o yerleşim biriminde yaşayanların ortak idaresi altında, tabelasında “... ulaşım idaresi” yazan birimde mesai yapan temsilciler tarafından planlanıp yönetilir. Bireyler ulaşım hizmeti talep ederler. Hizmetle ya da hizmetin üretildiği araç ya da emekle bir hakimiyet ilişkisi arayışına girmezler. İstem biçimi altında bireylerin tek arayışı üretimin idaresine katılımdır gerek mülkiyetin ve gerekse sahiplenmenin külfetinden arınmışlardır.

İstem biçiminin sözleşme biçiminin belirleyiciliğinde ama onun karşıtı olarak doğup gelişimi sözleşme biçiminin vaz geçilmez durağı olan kamu hukuku alanının dönüşümü ve özel hukuk aleyhine genişlemesi şeklinde kendini göstermiştir. Kamu hukuku, sözleşme biçiminin kurucu ögesi olan *mülkiyet hakkının* herkese karşı koruması işlevinin düzenlendiği alandır. Kamu hukukunun bahse konu ikincil karakteri, Paşukanis’in işaret ettiği olgulardan bir diğeridir: “*kamu hukuku ku-*



*ramları, gülünç sayılabilecek derecede zorlama, yapay ve tek yanlı kurgularla doluyken, özel hukuk, yalınlığı, açıklığı ve olgunluğu ile belirginleşir”.*<sup>53</sup>

İstem biçiminin kolektif işçinin toplumsal gücüyle orantılı gelişimi, hukuk bilimi alanında, idare hukukunun “kamu hizmeti” kuramıyla yeniden kuruluşu ve bilinen anlamıyla kamu ya da özel hukuk altında sınıflandırılmadığı için “karma hukuk” olduğuna kanaat getirilen toplu iş hukukunun doğup gelişmesiyle kendini gösterdi. Toplumsal emek rejimi bakımından toplu iş hukuku; sağlık ve eğitim başta olmak üzere toplumun her kesimini kucaklayan hizmetlerinin örgütlenmesi yönüyle idare hukuku; istem biçimi olarak ifade ettiğimiz biçimsel dönüşümün taşıyıcılarıdır. Her iki hukuk dalında gerçekleştirilecek kapsamlı değerlendirmelerle, istem biçiminin sözleşme biçiminden farklılaştığı noktaları ve hukuk-olmayana yönelişini tespit etmek bu makalenin boyutlarını aşmaktadır. Bu makalenin sınırı, söz konusu alanların doğup gelişmesiyle bir bütün olarak hukukta vukuu bulan dönüşümün kavranması bakımından, *hukuk biçimi* kategorisinin hukuk bilim için taşıdığı önemi ortaya koymaktan ibarettir.

## SONUÇ

Yöntem tartışması günümüz sosyal biliminde hak ettiği ilgiyi görmese de Marxistler bu ilgisizliğe tezat olacak şekilde, Marx’ın yöntemi ve bunun uygulanmış formda sunulduğu Kapital’in kavram ve kategorileri konusunda oylumlu bir külliyat oluşturmuştur. Bu külliyat içerisinden, Henri Lefebvre’in, *Biçimsel Mantık, Diyalektik Mantık* adlı eseri burada anılmayı hak eder. Çünkü Lefebvre, anılan eserin ikinci baskısına önsözde, Marx’ın yönteminde *biçimin* önemine işaret etmektedir: “Marx, kapitalizmin ve burjuva toplumunu bütünsel kavramak, tarihine ulaşmak için tarihsel incelemeden yola çıkmamıştır. Mantıktan yola çıkmıştır. Bir *biçim* bulmuştur, değişim değeri biçimini. Bununla *yapıyı* (eşdeğerler bütünü) ve *işleyişi* (mübadele, dolaşım, altın eşdeğerinin ve paranın oluşmasını) açıklamıştır. *İçeriğe* (toplumsal üretken emek) daha sonra geçmiştir. Böylelikle *tarihsel* (iş bölümü, sermaye birikimi, burjuvazinin oluşumu) erişmiştir.”<sup>54</sup> Lefebvre’in Kapital’de mantıktan yola çıkıldığına

<sup>53</sup> Ibid., s. 102

<sup>54</sup> Henri Lefebvre, *Biçimsel Mantık- Diyalektik Mantık*, (çev. Onur Karahanoğulları), Fransızca aslından yayımlanmış özet çeviri. Vurgular yazara aittir.



ilişkin değerlendirmesine katılmasak da *biçim* kategorisinin bilimsel çaba için taşıdığı öneme işaret ederek onu bilimsel tartışmanın bir durağı haline getirmeye yönelik inisiyatifini sonuna kadar destekliyoruz. Burada, benzer bir şekilde, günümüz hukuk pratiğinin kavranması için işlevsel bir araç olduğunu düşündüğümüz *hukuk biçimi* kategorisini hukuki değerlendirmenin bir aracı olarak hukuk bilimin hizmetine sunulmasının önemini ortaya koymaya çalıştık.

Hukuk kuramı açısından sözleşme biçiminin belirleyiciliğinin, toplumsal normun hukuk biçimi ile sözleşme (değişim) arasındaki yakın ilişkiden doğup geliştiği Paşukanis tarafından ortaya konulmuştur. Diğer yandan, toplumsal ilişkide sözleşme-dışı biçimlerin, istikrar kazanmış toplumsal pratikler haline geldiği noktada, bu alanların sözleşme biçiminin ölçüt alındığı değerlendirmelerle az gelişmiş, kusurlu yapılar olarak kavrayıp hukukileştirilmesi, hukuku, toplumsal gelişmenin önünde bir engele dönüştürmektedir. Biçim kategorisi etrafında yürütülecek tartışma, hukuk bilimin, hukuki (tutucu) yanından ziyade, bilimsel yanına seslenmektedir. Hukuk biçiminin bir kategori olarak tanınmasının bilimsel çabaya en dolaysız katkısı, halihazırda sözleşme biçiminin ötesine geçmiş toplumsal alanların, tek hukuki değerlendirmeymiş gibi sözleşme biçimini ölçüt kabul eden değerlendirmelere mahkumiyetine kesin olarak son verecektir. Aksi halde azımsanmayacak bir süredir devam eden, elmanın biçimine uymadığı için armudu kusurlu bulan irrasyonel tutum, hukuk kuramındaki hâkim konumunu sürdürmeye devam edecek gibi görünmektedir.

Sosyal bilim alanında hakim “yöntem”sizlik, hukuk alanında kendini, pozitivist mahkumiyet olarak göstermektedir. Hukukun 1800’lerin sonundan başlayan dönüşümünün sözleşme biçiminden istem biçimine geçiş olarak kavranması, özel – kamu hukuku ayrımına sıkışan değerlendirmelerin ötesine geçerek, toplumsal normun hukuk biçimi ve hukuk-olmayan arasındaki ilişkiyi hukuki tartışmanın dirimli bir yanı kılacaktır. Bunun en dolaysız etkisi, hiç kuşkusuz, pozitivist tekelin kırılacak olmasıdır. Bunun yanında, istem biçiminin güncel toplumsal gelişmelerin ürünü olması sebebiyle, hukuki kavrayışın istem biçiminin belirlenimleriyle yeniden inşa edilmesi, hukuku, zorun prosedürü olmaktan ayırıştırıp bir iddia olarak taşıdığı “adalet”e yaklaştıracaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Althusser Louis, Filozof Olmayanlar İçin Felsefeye Giriş, Can Yayınları, İstanbul,
- Engels Friedrich, Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, Sol Yayınları, Ankara, 2005
- Fraser W. Hamish, A History of British Trade Unionism, 1700-1998, Macmillan, Houndmills, 1999
- Karahanogulları Onur, Marksizm ve Hukuk - Diyalektik Hukuk Bilimi, Yordam Kitap, İstanbul, 2017
- Karahanogulları Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002
- Maine Henry James Sumner, Ancient Law, Henry Holt and Company, Newyork, 1906
- Marx Karl, Kapital I. cilt, Sol Yayınları, Ankara, 2007
- Marx Karl, Kapital III. cilt, Sol Yayınları, Ankara, 2007
- Marx Karl, Grundrisse, Birikim Yayınları, İstanbul, 1979
- Marx Karl, Gotha Programının Eleştirisi, İnter Yayınları, İstanbul, 1999
- Paşukanis Evgeni Bronislavoviç, Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, Birikim Yayınları, İstanbul, 2002
- Stewart John Hall, A Documentary Survey of the French Revolution, Macmillan, New York, 1951
- Tahiroğlu Bülent, Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları İstanbul, 2005

### Makaleler

- Rehbinder Manfred, "Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişmeleri: Statü - Sözleşme - Rol", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1969, C. 26, S. 1, s. 77-106.
- Schmidt Katharina Isabel, "Henry Maine's 'Modern Law': From Status to Contract and Back Again?", *The American Journal of Comparative Law*, Mart 2017, C. 65 S. 1, s. 145-186.

# BİR PEÇELEME YÖNTEMİ OLARAK VAKIF ÜNİVERSİTELERİNE YAPILAN BAĞIŞLARIN KURUMLAR VERGİSİ AÇISINDAN İNCELENMESİ\*

## EXAMINATION OF DONATIONS MADE TO FOUNDATION UNIVERSITIES IN TERMS OF CORPORATE TAX AS A METHOD OF TAX VEILING

Zübeyir BAKMAZ\*\*  
Memduh DURSUN\*\*\*

**Özet:** Sosyal sorumluluk çerçevesinde kişilere bağış yapılması ahlaki açıdan yüce bir davranıştır. Türk vergi sistemi, bu tür ahlaki açıdan yüce davranışları teşvik etmek amacıyla, bazı bağış ve yardımların gelir ve kazançtan indirilmesine izin vermektedir. Ancak, bağışlama sözleşmesi bir vergi sığınağına dönüştürülmemelidir. Bu çalışmada, vakıf üniversitelerine yapılan bağışlar ile peçeleme arasındaki ilişkinin koşulları ve hukuki niteliği doktrin ve mevzuat çerçevesinde incelenmiş, tespit edilen eksikliklere ilişkin çözüm önerileri getirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Bağış, Peçeleme, Vergi Kaçırma, Ekonomik Yaklaşım, Ticaret Şirketi.

**Abstract:** Making donations to individuals within the framework of social responsibility is a morally noble behavior. The Turkish tax system allows some donations and charity to be deducted from the income and revenue in order to encourage such morally noble behavior. However, the donation contract should not be turned into a tax shelter. In this study, the conditions and legal characteristic of the relationship between performed donations to foundation universities and tax veiling were examined within the framework of doctrine and legislation, and decisional suggestions were made for the identified deficiencies.

**Keywords:** Donation, Tax Veiling, Tax Evasion, Economic Approach, Commercial Company.

\* Çalışma, araştırma ve yayın etiğine uygun olarak hazırlanmıştır.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü, zubeyir.bakmaz@inonu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2159-4106

\*\*\* Vergi Başmüfettişi, Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı, memduh.ruzgar@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8563-3728, Makalenin Gönderim Tarihi: 03.10.2022, Kabul Tarihi: 01.12.2022

## Giriş

Sosyal amaçlarla kurulan vakıfların tüzel kişilikleri itibarıyla ekonomik ve ticari yönü bulunmamaktadır. Bu nedenle, vakıfların tüzel kişilikleri itibarıyla kazanç elde etme ve üyelerine dağıtma gibi bir amaçları yoktur. Ancak vakıflar varoluş amaçlarına varabilmek için gerekli olan finansmanı temin etmek üzere iktisadi ve ticari işletme işletebilmektedirler. Vakıflara ait veya bağlı olarak organize olan ve tedavül ekonomisi içerisinde faaliyet gösteren bu tür işletmelerin kazanç elde etmek gibi bir amacı olmasa dahi “vakıflara ait iktisadi işletme” oluşmakta ve bu işletmeler nezdinde “kurumlar vergisi mükellefiyeti” doğmaktadır. Ticaret hukuku da amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıfları (vakıf tüzel kişiliği itibarıyla) tacir olarak kabul etmektedir.

Vakıflar tarafından kurulan vakıf üniversiteleri eğitim faaliyetlerini yürütebilmek için gelire ihtiyaç duymaktadırlar. Bu nedenle, eğitim hizmetini bir ücret karşılığında piyasaya sunan söz konusu kurumlara ayrıca üçüncü kişiler de bağış yapabilmektedirler. Ancak, vakıf üniversitelerinin finansman kaynakları arasında bu kurumları kuran vakıflar tarafından yapılan transferler de yer almaktadır. Bu noktada, üçüncü kişiler tarafından vakıf üniversitesine yapılan bağışlar ile kurucu vakıf tarafından üniversiteye yapılan transferler arasındaki ince çizgi büyük önem arz etmektedir. Başka bir anlatımla, sorumluluk duygusu hissedilerek iyi niyetle vakıf üniversitesine yapılan bağışlar ile vergi kanunlarının etrafını dolanmak amacıyla (kötü niyetle) vakıf üniversitesine yapılan bağışlar arasındaki fark “peçeleme” kavramı ile ifade edilmektedir.

Çalışmada, öncelikle, vakıflar ile vakıflara ait iktisadi işletmeler arasındaki ilişki kurumlar vergisi hukuku açısından ele alınmıştır. Daha sonra, vergi hukukuna özgü bir müessese olan peçeleme kavramının hukuki mahiyeti üzerinde durulmuştur. Son olarak da, vakfın iştirak ettiği sermaye şirketleri tarafından vakfa ait üniversiteye yapılan bağışların hangi koşullar altında peçeleme işlemi olarak kabul edileceği hususu uygulamalı olarak incelenmiştir. Söz konusu inceleme ve araştırmalar sonucunda tespit edilen eksikliklere ve bunlara ilişkin çözüm önerilerine de ayrıca yer verilmiştir.

## I. Vakıf ve Vakıf Üniversitelerinin Kurumlar Vergisi Karşısındaki Durumu

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK'nın) 101'inci maddesinde vakıflar *"gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgüllemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları"* şeklinde tanımlanmıştır. TMK'nın 106'ncı maddesinde *"vakıf senedinde vakfın adı, amacı, bu amaca özgüllenen mal ve haklar, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli ile yerleşim yeri gösterilir"* düzenlemesine yer verilmiştir. 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 4'üncü maddesi uyarınca, vakıflar özel hukuk tüzel kişiliğine sahiptirler. Aynı kanunun 5'inci maddesinde ise, yeni vakıfların Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulacağı ve faaliyet göstereceği hüküm altına alınmıştır.

Karsız sektör olarak da isimlendirilen dernek ve vakıflar kural olarak bazı sosyal, kültürel, siyasi, ilmi, sportif amaçlarla kurulmaktadır.<sup>1</sup> Vakıflar ticari olmayan amaçlarla kurulurlar.<sup>2</sup> O halde, vakıflar kuruluş amaçları itibarıyla kazanç elde etmek ve paylaşmak gibi bir iktisadi gaye taşımazlar. Bunlar bir ideale ulaşmayı amaç edinirler. Bu nedenle, vakıflar salt bu amaçları dolayısıyla (tüzel kişilikleri itibarıyla) kurumlar vergisinin mükellefi olmazlar.<sup>3</sup> Ancak vakıfların kendilerine bağlı olarak faaliyette bulunmak üzere tüzel kişiliği haiz olsun olmasın bir takım iktisadi işletmeler meydana getirmeleri mümkündür.<sup>4</sup> Vakıflar bu şekilde bazı iktisadi faaliyetlerde bulduklarında ve bunu *"iktisadi işletme"* ölçğine taşıdıklarında durum vergi mükellefiyeti kapsamında değerlendirilir.<sup>5</sup>

Ticaret hukukuna göre, dernek tüzüğünde ve vakıf senedinde yazılı bulunan sosyal amaçlarının gerçekleşmesi için gelire ihtiyacı olan dernekler ve vakıflar ticari işletme işletebilirler. Bu takdirde, dernekler ve vakıflar da tacir niteliğini kazanırlar.<sup>6</sup> Gerçekten, 6102 sayılı Türk

<sup>1</sup> Nurettin Bilici, Türk Vergi Sistemi, 44. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 106.

<sup>2</sup> Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, 9. Basım, Dora Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013, s. 1.

<sup>3</sup> Doğan Şenyüz, Açıklama ve Yorumlu 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2007, (KVK), s. 22.

<sup>4</sup> Gelirler Genel Müdürlüğü, Kurumlar Vergisi Kanunu ve İzahları, Biricik Basımevi, Ankara, 1949, (KVK), s. 35.

<sup>5</sup> Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, Türk Vergi Sistemi, 19. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2022, s. 164.

<sup>6</sup> Ali Bozer ve Celal Göle, Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku

Ticaret Kanunu'nun (TTK'nun) 16'ncı maddesinde "amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıfların da (tüzel kişilikleri itibarıyla) tacir sayılacağı" hükme bağlanmıştır. Anılan hüküm gereği, ticari işletme değil de bu ticari işletmenin sahibi konumundaki vakıf tüzel kişiliği tacir sıfatını haiz olmaktadır. Tüzel kişiliği itibarıyla gelir ve kurumlar vergisi mükellefiyeti bulunmayan vakıfların kaynak sağlamak amacıyla bir organizasyon dâhilinde ve bir bedel/ücret karşılığında (tedavül ekonomisi içerisinde) yürüttükleri mal alım-satımı, imalatı ya da hizmet ifaları gibi faaliyetleri başta kurumlar ve katma değer vergisi olmak üzere çeşitli vergilerin konusuna girmektedir. Kurumlar vergisi hukuku, vakıfların bu tür faaliyetleri sonucunda (her bir organizasyon bazında) "vakıflara ait iktisadi işletmeler" oluştuğunu kabul etmekte ve bu işletmeleri kurumlar vergisi mükellefi saymaktadır. Öte yandan, kurumlar vergisi açısından, iktisadi işletme sadece kazanç sağlamak (gelir/kâr elde etmek) amacıyla kurulmaz. Bazen kâr elde etme gayesi olmaksızın sadece amacın gerçekleştirilmesine katkı sağlamak üzere girişilen vakıf faaliyeti de bir parçası ile iktisadi niteliğe bürünebilir ve iktisadi işletmenin doğumuna yol açabilir.<sup>7</sup> Örneğin, üstün zekâlı öğrencilerin kaliteli eğitim almalarına destek olmak amacıyla kurulan bir vakıf, bu amacına ulaşabilmek için sadece üstün zekâlı öğrencilerin cüz'i bir ücret (maliyet bedeli) karşılığında kabul edildiği (kâr amacı gütmeyen) bir eğitim kurumu işletmeye başladığında iktisadi işletmenin de doğumuna sebebiyet vermiş olacaktır. Bu husus, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun (KVK'nın) "Mükellefler" kenar başlıklı 2'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında "vakıflara ait iktisadi işletmelerin kazanç amacı gütmemeleri, mal veya hizmet bedelinin sadece maliyeti karşılayacak kadar olması, kâr edilmemesi veya kârın kuruluş amaçlarına tahsis edilmesi bunların iktisadi niteliğini değiştirmez" şeklinde hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu anılan hükme ilişkin madde gerekçesinde "bir organizasyona bağlı olarak piyasa ekonomisi içerisinde bedel karşılığı mal ve hizmet alım-satımında bulunulmasının iktisadi işletmenin ortaya çıkması için yeterli olduğunu"<sup>8</sup> ifade etmiştir. Buna göre, vakıfların bir organizasyon dâhilinde tedavül ekonomisine

Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2015, s. 53.

<sup>7</sup> Özbalcı-Oluş Mali Hukuk Bürosu, Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 79.

<sup>8</sup> 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu Gerekçesi, [https://gib.gov.tr/fileadmin/user\\_upload/Gereceler/5520\\_Sayili\\_Kanun.pdf](https://gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/Gereceler/5520_Sayili_Kanun.pdf), (29.07.2022).

iştirak etmesi, tek başına, iktisadi işletme üzerinden kurumlar vergisi mükellefiyeti tesis edilmesi için yeterli olmaktadır.<sup>9</sup>

KVK'nın (kurumlar vergisi mükelleflerinin tahdidi olarak sayıldığı) "Verginin Konusu" kenar başlıklı 1'inci maddesinde dernek ve vakıflar sayılmamış olmakla beraber, (ç) bendinde "*dernek veya vakıflara ait iktisadî işletmelerin kurumlar vergisi mükellefi olduğu*" hüküm altına alınmıştır. Aynı kanunun 2'nci maddesinin 5'inci fıkrasında ise, dernek veya vakıflara ait iktisadî işletme kavramı "*dernek veya vakıflara ait veya bağlı olup faaliyetleri devamlı bulunan ve bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları dışında kalan ticarî, sınaî ve zirai işletmeler ile benzer nitelikteki yabancı işletmeler*" şeklinde tanımlanmıştır. Sonuç itibarıyla, KVK vakıfların faaliyetlerini vergi dışında tutmasına karşılık bunlara bağlı iktisadi işletmeleri vergi mükellefi kapsamına almıştır.<sup>10</sup> Buna göre, vakıflara ait veya bağlı olup<sup>11</sup> faaliyetleri devamlı bulunan ve sermaye şirketleri (anonim, limited ve paylı komandit şirket) ile kooperatifler dışında kalan ticari, sınai ve zirai işletmeler "vakıflara ait iktisadi işletmeler" olarak kurumlar vergisinin konusuna girmektedir. Bu tanım uyarınca, vakıflar tarafından belli bir bedel (ücret) karşılığında ve organizasyon içerisinde eğitim ve sağlık hizmeti verilmesi işlemi bir iktisadi işletme oluşturmaktadır. Dolayısıyla, vakıflar tarafından bu şekilde yürütülen hizmetlerin verginin konusuna girmesi gerektiği tartışmasızdır.<sup>12</sup>

1 seri no.lu KVK Genel Tebliği'nde ve KVK'nın 2'nci madde gerekçesinde "vakıflara ait veya bağlı olarak faaliyet gösteren ve tüzel kişi-

<sup>9</sup> Dikkat edileceği üzere, vergi hukukundaki "iktisadi işletme" kavramı ile ticaret hukukundaki "iktisadi işletme" kavramı birbirinden farklı anlamlar taşımaktadır. Ticaret hukuku uyarınca iktisadi bir işletme ve bu bağlamda "ticari işletme" oluşabilmesi için "gelir elde etmek amacıyla emek ve sermayenin bağımsız bir organizasyon teşkil edecek şekilde birleşmesi ve faaliyete geçmesi" şarttır. Başka bir anlatımla, ticaret hukuku -kurumlar vergisi hukukundan farklı olarak- gelir (kazanç/kar) elde etme amacı gütmeyen işletmeleri "iktisadi ve bu bağlamda ticari işletme" olarak kabul etmemektedir. Konu ile ilgili olarak bkz. Hayri Domaniç ve Erol Ulusoy, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Bası, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2007, s. 139, 147.

<sup>10</sup> Şenyüz, KVK, s. 24.

<sup>11</sup> 03.04.2007 tarihli ve 264821 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 1 seri no.lu KVK Genel Tebliği'nde açıklandığı üzere, ait olma "sermaye" bakımından ve bağlı olma ise "idari" bakımdan vakıfların iktisadi işletmelere sahip/hâkim olmasını ifade etmektedir.

<sup>12</sup> Nihat Uzunoğlu, "Vakıf Üniversitelerinde KDV Uygulaması Konusunda İdare ve Yargı Uygulamalarına Farklı Bir Yaklaşım", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı: 378, Şubat 2013, s. 13.



liği bulunan iktisadi işletmelerce elde edilen kazançlar üzerinden tarh edilecek kurumlar vergisinin muhatabının anılan iktisadi işletmeler olduğu" ifade edilmiştir. Ancak bu işletmelerin ayrı bir tüzel kişiliklerinin bulunmaması halinde tarhiyatın muhatabı iktisadi işletmenin ait veya bağlı olduğu vakıf olacaktır. Öte yandan, vakıfların kâr payı geliri elde etmek amacıyla iştirak ettikleri sermaye şirketleri özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olup, bu şirketler bizzat kendi tüzel kişilikleri itibarıyla kurumlar vergisi mükellefidirler. Bu nedenle, anılan şirketlerin "vakıflara ait iktisadi işletme" özelliği bulunmamaktadır.

1982 Anayasası'nın 130'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında "*kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir*" hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'daki bu düzenleme çerçevesinde 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na (YÖK Kanunu'na) ek maddeler ilave edilmek suretiyle vakıfların yükseköğretim kurumları (ve bu bağlamda vakıf üniversiteleri açmalarına imkân tanınmıştır).<sup>13</sup> YÖK Kanunu'nun ek 2'nci maddesinde "*vakıfların, kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla, yükseköğretim kurumları ve meslek yüksekokulları kurabileceği*" hükmüne bağlanmıştır. YÖK Kanunu'nun ek maddelerinde yapılan diğer düzenlemeler incelendiğinde, vakıf üniversitelerinin gerek sermaye gerekse idari bakımından tamamen kurucu vakfa ait ve bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan, YÖK Kanunu'nun ek 9'uncu maddesinin son fıkrasında yer alan "*öğrencilerden alınacak ücretler mütevelli heyet tarafından tespit edilir*" düzenlemesi açıkça göstermektedir ki, vakıf üniversiteleri piyasa ekonomisine bir bedel karşılığında ve bir organizasyon dâhilinde eğitim (okul işletmeciliği) hizmeti sunmaktadırlar.

Anayasa Mahkemesi'nin 30.05.1990 tarihli ve E.1990/2, K.1990/10 sayılı kararı ve bu karara dayalı uygulama,<sup>14</sup> içtihat ve doktrin (ister devlete ister vakıflara ait olsun) üniversitelerin sadece kanunla ve kamu tüzel kişiliğine sahip bir şekilde kurulabileceği yönünde teşekkül etmiştir. Bu nedenle, uygulamada vakıf yükseköğretim kurumları ka-

<sup>13</sup> Rana Gürbüz ve Yüksel Akkaya, "Türkiye'de "Vakıf" Üniversiteleri: Eğreti Bir Özellik", *Toplum ve Demokrasi Dergisi*, Sayı: 17-18, Ocak-Aralık 2014, s. 71.

<sup>14</sup> 31.12.2005 tarihli ve 26040 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinde "*vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğine sahip oldukları*" düzenlemesine yer verilmiştir.

nunla ve kamu tüzel kişiliğine sahip bir şekilde kurulmakta ve böylece bunlar da üniversite adını taşımaktadır.<sup>15</sup> Vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu ve kamu hizmeti yaptığı yönündeki kabul tarzı, eğitim ve sağlık hizmetini bir bedel (ücret) karşılığında satmak suretiyle tedavül ekonomisine organize bir şekilde (okul işletmeciliği ve hastane işletmeciliği şeklinde) katılan vakıf üniversitelerinin kamu kurumu olarak mı yoksa vakıflara ait iktisadi işletmeler olarak mı verginin konusuna dâhil edileceği sorusunu beraberinde getirmektedir. Vergi idaresi tarafından verilen özelgelerde “vakıf üniversitelerinin bağımsız kamu kurumları (devlet üniversitesi) olarak kabul edildiği ve üniversite bünyesinde icra edilen eğitim hizmeti, sağlık hizmeti vb. faaliyetlerin her biri için ayrı ayrı iktisadi kamu kuruluşları oluştuğunun kabul edildiği<sup>16</sup>” görülmektedir. Hatalı olduğunu düşündüğümüz mezkûr özelgelerde sadece “iktisadi kamu kuruluşlarının tanım ve açıklamalarına” yer verilmek ve ayrıca “tüzel kişiliği itibarıyla kurumlar vergisi mükellefiyeti bulunmayan<sup>17</sup> üniversiteniz...” şeklinde matbu bir ifade kullanılmak suretiyle vakıf üniversiteleri KVK’nın “kamu idare ve kuruluşları (devlet üniversiteleri)” hükümlerine göre nitelendirmeye tabi tutulmuştur. İdarenin bu görüşüne katılmanın mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Öncelikle, vakıf üniversitelerinin birer özel hukuk tüzel kişisi<sup>18</sup> olan vakıfların kurucu iradesi<sup>19</sup> olmadan hukuk âleminde varlık kazanmalarının mümkün olmadığını belirtmek gere-

<sup>15</sup> Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2020, s. 219.

<sup>16</sup> İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı’nın 04.06.2012 tarihli ve B.07.1.GİB.4.34.17.01-KDV.17-1798 sayılı, 02.09.2013 tarihli ve 11395140-105[Mük 257-2012/VUK-1- . . .]-1411sayılı, 09.06.2011 tarihli ve B.07.1.GİB.4.34.16.01-KVK 4-678 sayılı özelgeleteri, www.gib.gov.tr, (10.09.2022).

<sup>17</sup> Tüzel kişiliği itibarıyla kurumlar vergisi mükellefiyeti bulunmayan kurumlar “kamu kurumları ve bu bağlamda devlet üniversiteleri”dir. Oysaki, vakıflara ait ve bağlı ticari işletmeler olarak kurulan vakıf üniversiteleri tüzel kişilikleri itibarıyla kurumlar vergisi mükellefi olarak doğmaktadırlar. Ancak, çeşitli muafiyet ve istisna hükümleri ile mükellefiyet ya da vergi dışında kalabilmektedirler.

<sup>18</sup> Vakıflar Kanunu’nun 4’üncü maddesinde “vakıflar, özel hukuk tüzel kişiliğine sahiptir” hükmüne yer verilmiş olup, doktrinde de vakıfların mal topluluğu şeklindeki özel hukuk tüzel kişileri olduğu ifade edilmektedir. Konu ile ilgili olarak bkz. Gözler ve Kaplan, s. 90.

<sup>19</sup> YÖK Kanunu’nun ek 3’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında “vakıf veya birden fazla vakfın yetkili yönetim organlarının yükseköğretim kurumu kurma ile ilgili karar veya kararları Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün olumlu yazısı ile birlikte ve aşağıdaki belgelerle Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına sunulur” hükmü yer almaktadır.

kir. Aynı şekilde, vakıf üniversiteleri (YÖK Kanunu uyarınca) gerek sermaye<sup>20</sup> gerekse idari<sup>21</sup> bakımından tamamen kurucu vakfa aittirler ve bu vakfa bağlı olarak faaliyet göstermektedirler. Bu nedenle, vakıf üniversitelerinin vergi uygulamalarında “bağımsız kamu kurumları (devlet üniversitesi)” olarak kabul edilmesinin ve bu üniversiteler bünyesinde icra edilen faaliyetlerin de “iktisadi kamu kuruluşu” esaslarına göre vergilendirilmesinin doğru bir yaklaşım olmadığı kanaatindeyiz. Doktrinindeki görüşlere bakıldığında ise “vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının (özel üniversitelerin) vakıfların ticari nitelikte birer iktisadi işletmeleri olduğu, dolayısıyla vergiye tabi oldukları ortaya çıkmaktadır”<sup>22</sup> yönünde yorum yapıldığı görülmektedir. Yani, vakıflar tarafından kurulan üniversitelerin vakıfların iktisadi işletmesini oluşturduğu ifade edilmektedir.<sup>23</sup> Maliye Bakanlığı (Gelirler Genel Müdürlüğü) 5422 sayılı (mülga) KVK’ya ilişkin olarak yapmış olduğu ve 5520 sayılı (mer’i) KVK için de aynen geçerli olan iktisadi işletme izahında “dernek ve vakıflarca açılan özel okul ve hastanelerde ücretle öğrenci okutulması ve hastaya bakılması iktisadi işletme mevzuu içinde kalır” örneğini vermiştir.<sup>24</sup> Bu bilgiler ışığında, vakıf üniversitelerinin vakıfların iktisadi işletmeleri ve dolayısıyla kurumlar vergi mükellefi olduklarını söylemek yanlış olmayacaktır. Vergi hukukunun idari usul kodu olan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun (VUK’un) 3/B-1 maddesindeki “vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır” kuralı da göz önünde bulundurulduğunda, kurucu vakıflara ait ve bağlı olarak faaliyet gösteren ticari işletmeler niteliğindeki vakıf üniversitelerinin “bağımsız kamu kurumları” yerine “vakıflara ait iktisadi işletmeler” olarak nitelendirilmesinin daha doğru bir yaklaşım olduğu sonucuna varılmaktadır.

<sup>20</sup> YÖK Kanunu’nun ek 3’üncü maddesinde “kurucu vakıfların, yükseköğretim kurumunun bir yıllık her çeşit işletme ve diğer cari masraflarının en az %20’sini karşılayacak bir paranın, malın, ekonomik değeri olan bir hakkın veya gelirin mevcut olduğunu ve buna tahsis edildiğini gösterir belgeyi YÖK Başkanlığı’na sunmak zorunda olduğu” hüküm altına alınmıştır.

<sup>21</sup> YÖK Kanunu’nun ek 5’inci maddesinde “vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarının, vakıf yönetim organı dışında en az yedi kişiden oluşan bir mütevelli heyeti bulunur. Mütevelli heyet üyeleri, vakıf yönetim organı tarafından dört yıl için seçilir, süresi biten üyeler yeniden seçilebilir” hükmüne yer verilmiştir.

<sup>22</sup> Hakkı Koçak, “Vakıf Üniversitelerinin Vergi Kanunları Karşısındaki Durumu”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı: 354, Şubat 2011, s. 32.

<sup>23</sup> Uzunoglu, s. 13.

<sup>24</sup> Gelirler Genel Müdürlüğü, KVK, s. 34, 35.

VUK'un 3/B maddesinde ifadesini bulan "ekonomik yaklaşım ilkesi" uyarınca, nitelendirme yapılırken vergisel olguların dış görünüşü yani kullanılan biçimsel (hukuki) kalıplar değil, bu olguların gerçek ekonomik içeriği, ekonomik özü göz önünde bulundurulmak zorundadır.<sup>25</sup> Dolayısıyla, vakıf üniversitelerine ilişkin mevzuat, içtihat ve doktrinde bu kurumların kamu tüzel kişiliğine sahip olduklarının kabul edilmesi, maddi yaşamda "vakıflara ait iktisadi işletme" şeklinde teşekkül eden ekonomik öze göre vergileme yapılmasına engel teşkil etmeyecektir. Bu şekildeki bir sonuca YÖK Kanunu'nun ek 7'nci maddesindeki düzenlemeden de açıkça ulaşılmaktadır. Anılan maddede "vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarının, birer kamu kurumu olan<sup>26</sup> devlet üniversitelerine ilişkin olarak<sup>27</sup> 56'ncı maddede yer alan mali kolaylıklardan, muafiyet ve istisnalardan aynen istifade edecekleri" özel olarak hüküm altına alınmıştır. Özelelerde kabul edildiği gibi vakıf üniversiteleri birer devlet üniversitesi (bağımsız kamu kurumu) niteliğinde olsaydı, kanun koyucu ek 7'nci maddede özel bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmezdi. Çünkü, vakıf üniversiteleri vergi uygulamalarında devlet üniversitesi olarak kabul edildiğinde, 56'ncı madde hükmü doğrudan vakıf üniversitelerini de kapsar hale gelmekte ve ek 7'nci maddedeki yollama hükmü fuzuli bir düzenlemeye dönüşmektedir. Kanun koyucu abesle iştigal etmeyeceğine göre, vakıf üniversitelerinin vergi uygulamalarında bağımsız kamu kurumu (devlet üniversitesi) olarak kabul edilmesinin hatalı bir yaklaşım olduğu sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu özelgelerdeki hatalı görüşün idare tarafından düzeltilmesi önem arz etmektedir.

Kanun koyucu KVK'nın 2'nci madde gerekçesinde "*vakıflara ait iktisadi işletmenin unsurları, ticari faaliyetin de temel özelliklerinden olan, bir organizasyona bağlı olarak piyasa ekonomisi içerisinde bedel karşılığı mal alım-satımı, imalatı ya da hizmet ifaları gibi faaliyetlerdir. Kanun bu gibi halleri tek tek saymak yerine, dernek ya da vakıf tarafından piyasa ekonomisi içerisinde icra edilen ve sermaye şirketi ya da kooperatif kazancı dışında*

<sup>25</sup> Selim Kaneti, Esra Ekmekçi, Gülşen Güneş ve Mahmut Kaşıkçı, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 69.

<sup>26</sup> Devlet tarafından kanunla kurulan ve ayrı bir kamu tüzel kişiliğini haiz bulunan devlet üniversiteleri birer kamu kurumudur. Konu ile ilgili olarak bkz. Gözler ve Kaplan, s. 217, 218.

<sup>27</sup> Koçak, s. 32.

*kalan tüm iktisadi faaliyetleri kapsama almıştır” ifadelerini kullanmıştır. 1 seri no.lu KVK Genel Tebliği’nin “2.4” bölümünde de “iktisadi işletmenin tanımı içinde yer alan ve devamlı olarak yapılan ticari, sınai veya zirai faaliyetten söz edebilmek için bu işletmenin tedavül ekonomisine katılması, başka bir ifadeyle işletmede üretilen veya alınan malların veya verilen hizmetin bir bedel karşılığı satılmış olması gerekir. Eğitim ve sağlık gibi bir takım hizmetlerin yerine getirilmesi için yapılan masrafların hizmet verilenlerden tahsil edilmesi veya bu kişilerden veya ailelerinden bağış adı altında bir bedel alınması durumunda, bu faaliyetler, dernek veya vakfa ait iktisadi işletme olarak kabul edilecek ve kurumlar vergisine tabi olacaktır” açıklamalarına yer verilmiştir. KVK’nun 2’nci maddesindeki iktisadi işletme hükmünün getiriliş amacı ve idarenin düzenleyici işlemi açıkça göstermektedir ki, her ne ad altında olursa olsun bir bedel (ücret) karşılığında eğitim ve sağlık hizmetleri sunmak (okul ve hastane işletmeciliğinde bulunmak) üzere vakıflar tarafından kurulan üniversiteler vakıflara ait iktisadi işletmelerdir ve kurumlar vergisi mükellefidirler. Vakıf üniversitesinin kazanç sağlama amacının bulunmaması “vakfa ait iktisadi işletmenin” ve “kurumlar vergisi mükellefiyetinin” doğmadığı anlamına gelmemektedir. KVK’nun 2’nci maddesinin 6’ncı fıkrasında “dernek veya vakıflara ait iktisadi işletmelerin kazanç amacı gütmemeleri, faaliyetlerinin kanunla verilmiş görevler arasında bulunması, ... mükellefiyetlerini etkilemez” hükmüne yer verilmek suretiyle bu konuda farklı yorumlar yapılmasının, tereddüt ve ihtilaflar yaşanmasının önüne kesin bir şekilde geçilmiştir. Kanununun bu hükmüyle, kâr gayesi olmaksızın dernek ve vakfın normal faaliyeti çerçevesi içinde bir iktisadi işletme işletildiğinde de<sup>28</sup> kurumlar vergisi mükellefiyeti sağlanmak istenilmiştir. Kanun koyucu söz konusu madde gerekçesinde “kazanç sağlama amacı olmasa dahi işletmenin konusunun ve faaliyetinin; her türlü mal ve hizmet satışı, kiralaması ya da bunlara benzer şekillerde olması ve devamlı olması durumlarında da vakıflara ait iktisadi işletme olduğu kabul edilecektir” ifadelerine yer vererek hükmün konuluşundaki maksadı açıklığa kavuşturmuştur. Dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmelerin vergilendirilmesinin temeldeki nedeni rekabet eşitliğinin korunmasıdır.<sup>29</sup> Vakıfça yapılan faaliyetin, niteliği itibarıyla, başka kuruluşlarca yapılmaması ve hatta faaliyetin kanun vb. mevzuat ile vakfın tekeline verilmiş olması da*

<sup>28</sup> Özbalcı-Oluş Mali Hukuk Bürosu, s. 79.

<sup>29</sup> Özbalcı-Oluş Mali Hukuk Bürosu, s. 79.

mükellefiyeti etkilemez. Çünkü, bu hallerde dahi rekabet şartları somut olarak değilse bile genel planda etkilenmiş olur.<sup>30</sup> Öte yandan, ücretin sadece araç, gereç, ısınma, aydınlatma, personel vb. giderler karşılığı (masraf karşılığı) olarak<sup>31</sup> alınması da sonucu değiştirmeyecektir. KVK'nın 2'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında bu hususta özel bir belirleme yapılmıştır. Söz konusu özel hüküm ile *"mal veya hizmet bedelinin sadece maliyeti karşılayacak kadar olması, kâr edilmemesi veya kârın kuruluş amaçlarına tahsis edilmesi bunların iktisadî niteliğini değiştirmez"* kuralı ihdas olunmuştur. Buna göre, iktisadi işletme bünyesinde üretilen mal ve hizmetin maliyet bedeli ile piyasaya sunulması mükellefiyeti önlemez. İktisadi işletme maliyet bedeli ile hatta daha da düşük bedelle çalışsa bile yine de mükellefiyet tesis edilir. Çünkü, eğitim ve sağlık hizmeti verilmesi faaliyeti ile tedavül ekonomisine iştirak edilmiştir. Tedavül ekonomisine iştirak edilen hallerde ise, rekabet eşitliğinin korunması için vergileme gereklidir.<sup>32</sup> Görüldüğü üzere, vakıf üniversitelerinin kazanç amacı gütmemeleri veya kanunla kurulmuş olmaları ya da tekel<sup>33</sup> niteliğinde sayılabilecek bir hizmet ürettiyor olmaları onların iktisadi işletme vasfını değiştirmemektedir. Zaten, KVK'da tekel halindeki faaliyetler için vergileme yapılmak istenmediğinde özel muafiyet veya istisna hükümleri getirilmiştir. Yani, faaliyetin tekel halinde olması, özel muafiyet veya istisna hükmü olmadıkça, vergilememe için neden sayılmamıştır.<sup>34</sup>

YÖK Kanunu'nun ek 6'ncı maddesindeki *"kurulacak yükseköğretim kurumu, vakıf tüzelkişiliği dışında ayrı bir tüzelkişiliğe sahip olur"* düzenlemesi uyarınca, vakıf üniversiteleri tüzel kişiliği haiz işletmelerdir. An-

<sup>30</sup> Özbalcı-Oluş Mali Hukuk Bürosu, s. 80.

<sup>31</sup> Doktrinde *"gider karşılığı alınan bu ücretler nedeniyle vakıf üniversitelerinin iktisadi işletme niteliği kazanması olası değildir"* şeklinde katılmadığımız ve KVK'nın gerek lafzına gerekse ruhuna açık bir aykırılık teşkil ettiğini düşündüğümüz aksi yönde görüşlere rastlanılmaktadır. Aksi yöndeki bu görüşler için bkz. Tamer Budak, *"Katma Değer Vergisi Kanunu: Kültür ve Eğitim İstisnası: Vakıf Üniversiteleri"*, *AÜHFD*, Sayı: 59 (3), 2010, s. 454. Emrullah Damar, *"Vakıf Üniversiteleri Öğrencilerinden Alınan Ücretlerden KDV Tahsilinin Gerekip Gerekmeyeceği"*, *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı: 50, Ocak-Şubat-Mart 2000, <https://www.ismmmo.org.tr/Yayinlar/Mali-Cozum-Dergisi/sayi-50/--2021>, (01.09.2022).

<sup>32</sup> Özbalcı-Oluş Mali Hukuk Bürosu, s. 80.

<sup>33</sup> 1982 Anayasası'nın 130'uncu maddesi uyarınca, yükseköğretim kurumları sadece devlet ve vakıflar tarafından kurulabilmekte olup, bunların dışındaki kişi ve kurumların yükseköğretim kurumu açması mümkün değildir.

<sup>34</sup> Özbalcı-Oluş Mali Hukuk Bürosu, s. 80.



çak, bu durum vakıf üniversitelerinin “vakıflara ait iktisadi işletme” niteliğinde herhangi bir değişiklik meydana getirmemektedir. KVK'nun 2'nci madde gerekçesinde ve 1 seri no.lu KVK Genel Tebliği'nin “2.4.” bölümünde açıklandığı üzere, vakfa ait veya bağlı olarak faaliyet gösteren, sermaye şirketi ve kooperatif şirketi şeklinde örgütlenmemiş olan, ancak ayrı bir tüzel kişiliği bulunan işletmeler yine “vakıflara ait iktisadi işletmeler” olarak kurumlar vergisinin konusuna girmektedir. Bu tür durumlarda kurumlar vergisi tarhiyatının muhatabı iktisadi işletmenin kendi tüzel kişiliği olmaktadır. Sonuç itibarıyla, YÖK Kanunu'nda düzenlenen usul ve esaslar dairesinde faaliyette bulunan vakıf üniversiteleri kendi tüzel kişilikleri itibarıyla doğrudan “vakfa ait iktisadi işletme” sıfatını kazanmakta ve bu tüzel kişilikleri üzerinden de kurumlar vergisinin muhatabı olmaktadır.

KVK'nun “Muafiyetler” kenar başlıklı 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde yapılan düzenleme ile “*kamu kurum ve kuruluşları tarafından tarım ve hayvancılığı, bilimi, fennî ve güzel sanatları öğretmek, yaymak, geliştirmek ve teşvik etmek amacıyla işletilen okullar, okul atölyeleri, konserveatuarlar, kütüphaneler, tiyatrolar, müzeler, sergiler, numune fidanlıkları, tohum ve hayvan geliştirme ve üretme istasyonları, yarış yerleri, kitap, gazete, dergi yayınevleri ve benzeri kuruluşlar*” kurumlar vergisinden muaf tutulmuş bulunmaktadır. Aynı fıkranın (b) bendinde ise “*kamu idare ve kuruluşları tarafından genel insan ve hayvan sağlığını korumak ve tedavi amacıyla işletilen hastane, klinik, dispanser, sanatoryum, huzurevi, çocuk bakımevi, hayvan hastanesi ve dispanseri, hayvan bakımevi, veteriner bakteriyoloji, seroloji, distofajin kuruluşları ve benzeri kuruluşlar*” kurumlar vergisinden muaf tutulmuştur. YÖK Kanunu'nun ek 7'nci maddesinin 56'ncı maddeye ve bu maddenin de “genel bütçeye dâhil kamu kurum ve kuruluşlarına” yaptığı yollama uyarınca, vakıf üniversitelerinin kendi bünyelerinde bir bedel (ücret) karşılığında icra ettikleri eğitim ve sağlık hizmetleri için KVK'nun 4/1-a<sup>35</sup> ve 4/1-b<sup>36</sup> hükümleri kapsamında kurumlar vergisi muafiyetinden yararlanabilecekleri<sup>37</sup> kabul

<sup>35</sup> İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 04.06.2012 tarihli ve B.07.1.GİB.4.34.17.01-KDV.17-1798 sayılı, 02.09.2013 tarihli ve 11395140-105[Mük 257-2012/VUK-1- . . .]-1411sayılı, 09.06.2011 tarihli ve B.07.1.GİB.4.34.16.01-KVK 4-678 sayılı özelgeleleri, www.gib.gov.tr, (10.09.2022).

<sup>36</sup> 1 seri no.lu KVK Genel Tebliği.

<sup>37</sup> 2006 yılında yürürlüğe giren 5520 sayılı KVK'nun 35'inci maddesinin 1'inci fıkrasında “diğer kanunlardaki muafiyet, istisna ve indirimlere ilişkin hükümler, kurumlar vergisi bakımından geçersizdir” kuralı yer almaktadır. Ancak, mezkûr



edilmektedir. Ancak, vakıf üniversitelerinin söz konusu muafiyet hükümleri dışında kalan diğer ticari, sınai veya zirai faaliyetleri nedeniyle kurumlar vergisi *mükellefiyeti* tesis edileceği tabiidir.

## II. Peçeleme Sözleşmelerine Ekonomik Yaklaşım

VUK'un 3/A maddesinde "hükümün konuluşundaki maksat" olarak ifadesini bulan amaçsal yorumun uzantısında "ekonomik yaklaşım" kavramıyla karşılaşılmaktadır.<sup>38</sup> Ekonomik yaklaşım, amaçsal yorumun vergi hukukuna özgü özel bir şekli olarak nitelendirilebilir.<sup>39</sup> Vergi hukukunda kanunun amacından hareket edilerek yorum yapılması, ekonomik yaklaşımın uygulanması sonucunu doğurmaktadır.<sup>40</sup> Ekonomik yaklaşım, vergi doğurucu olayların saptanmasında ve vergi normlarının yorumlanmasında hukuki biçimlerin ötesine geçilerek gerçek ekonomik nitelik ve içeriklerin esas alınması anlamını taşır.<sup>41</sup> Türk vergi hukukunda "ekonomik yaklaşım ilkesi" VUK'un 3/B maddesinde yapılan düzenleme ile hükümünü bulmuştur. Anılan maddenin 1'inci fıkrasında "*vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır*" hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hükümün "nitelendirme" konusundaki genel ilkeyi düzenlediği ifade edilmektedir. Nitelendirme ise, maddesel olguların hukuksal anlamı, kapsamı ve içeriğini belirlemeye yöneliktir.<sup>42</sup> Hükümde "gerçek mahiyet"ten bahsedilmesine karşın doktrinde "ekonomik yaklaşım" kavramının tercih edilmesinin sebebi, somut maddi olayı oluşturan vergiyi doğuran olayın iktisadi içeriği ile gerçek niteliğinin aynı anlama geldiği yönündeki kabuldür.<sup>43</sup> Anılan kural 30.12.1980 tarihli ve 2365 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle VUK'a dercedilmiştir. Yapılan

---

kanunun geçici 1'inci maddesinin 9'uncu fıkrasında yer alan "bu Kanun'un yürürlüğünden önce kurumlar vergisine ilişkin olarak başka kanunlarda yer alan muafiyet, istisna ve indirimler bakımından 35'inci madde hükmü uygulanmaz" normu uyarınca, 1981 yılında yürürlüğe giren YÖK Kanunu'ndaki kurumlar vergisi muafiyetine ilişkin hükümler halen geçerliliğini korumaktadır.

<sup>38</sup> Fatih Saraçoğlu ve Elif Pürsünlerli Çakar, Vergi Hukuku, 7. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, s. 36.

<sup>39</sup> S. Ateş Oktar, Vergi Hukuku, 13. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 63.

<sup>40</sup> Övül Çölgezen, "Vergi Hukukunda Yorum ve Ekonomik Yaklaşım İlkesi", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı: 346, Haziran 2010, s. 71.

<sup>41</sup> Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, Vergi Hukuku, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 24.

<sup>42</sup> Kaneti vd., s. 68, 69.

<sup>43</sup> Mustafa Akkaya, Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 80.

bu düzenlemeyle “vergilendirmede maddi ve hukuki olguların gerçek mahiyeti ve oluş şeklinin esas alınacağı ilkesi” hükme bağlanmıştır. Bu hüküm, vergi uygulamalarında her şeyden önce olayın gösterildiği şekilde değil, gerçek yönüyle ele alınması ve buna göre işlem yapılması gereğini belirtmektedir.<sup>44</sup> Ekonomik yaklaşım ilkesi, somut maddi olayın ya da teknik ifadesiyle vergiyi doğuran olayın büründüğü forum (hukuki biçimin) ötesine geçilerek iktisadi özüne inilmesini ve vergilendirmenin bu öze uygun olarak yapılmasını öngörür.<sup>45</sup>

Vergi hukukunun konu aldığı işlemler (vergiyi doğuran olay) esas itibarıyla özel hukuk alanında gerçekleşmektedir. Başka bir anlatımla, vergi hukuku özel hukuk alanında gerçekleşen bir kısım iş ve işlemlere vergilendirme açısından bazı sonuçlar bağlamaktadır.<sup>46</sup> İşte, vergi ödevlileri kendi lehine ve idarenin aleyhine sonuçlar doğuracak şekilde (piyasada özel hukuk ilişkileriyle gerçekleşen) vergiyi doğuran olayın üzerini peçeli işlemler kullanarak örtmeye çalışırlar. Ödevlilerin vergi kaçırmak amacıyla özel hukuk biçimlerini olağan sayılmayacak şekilde kötü kullanmalarına “peçeleme”, bu eylemi esas alan işleme “peçeleme işlemi<sup>47</sup>” ve bu amaca yönelik sözleşmelere de “peçeleme sözleşmesi<sup>48</sup>” denir. Kısaca, peçeleme vergisel çıkar sağlanmak üzere özel hukuk düzenlemelerinin kötüye kullanılması yoluyla vergi kanunlarının etrafından/çevresinden dolanılmasıdır.<sup>49</sup> Bu nedenle, vergi ödevlilerinin peçeleme işlemine başvurması kanuna karşı hilenin özel bir türü olarak kabul edilmektedir.<sup>50</sup> Kanuna karşı hile ise, hiçbir hukuk sisteminde (hukukun genel ilkeleri, kamu düzeni, hakkaniyet vb. gerekçelerle) hoşgörüle karşılanmaz ve yaptırım uygulanır. Vergi hukukunda da peçeleme işlemi oluşturulan fiili (gerçekleşen) olay yerine varsayımsal olayın ikame edilmesi, anayasal vergileme ilkelerinin zorunlu bir sonucudur. Bu durum, vergi hukukunun geliştirdiği kendini savunmaya yönelik bir mekanizma olarak da değerlendirilebilir.<sup>51</sup>

<sup>44</sup> 2365 sayılı Kanun Gerekçesi, [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/MGK\\_/d01/c002/mgk\\_01002028ss0084.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/MGK_/d01/c002/mgk_01002028ss0084.pdf), (01.09.2022).

<sup>45</sup> Akkaya, s. 78.

<sup>46</sup> Yusuf Ziya Taşkan, Vergi Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 89.

<sup>47</sup> Şenyüz vd., s. 72.

<sup>48</sup> Mustafa Ali Sarılı, Türk Vergi Hukuku, Hermes Ofset, Ankara, 2020, s. 41.

<sup>49</sup> Oktar, s. 64.

<sup>50</sup> Kaneti vd., s. 70.

<sup>51</sup> Akkaya, s. 102.

Ekonomik yaklaşım esas olarak peçeleme işlem ve sözleşmelerinin ortaya çıkarılmasında kullanılmaktadır.<sup>52</sup> Ekonomik yaklaşımla, olağan ve gerçek ilişkilere göre şekillenen ancak peçeli işlemlerle üzeri örtülen vergisel sonuçlar ortaya çıkartılır.<sup>53</sup> İdare ve yargı organları peçeleme sonucuna ekonomik yaklaşım ile varırlar.<sup>54</sup> Peçelemede (ekonomik) yorum yolu ile ekonomik gerçeklik saptanarak görünüşteki hukuki biçime itibar edilmez.<sup>55</sup>

Özel hukuk biçimlerinin ustaca kullanımıyla vergi borcunun azaltılması eylemi “vergi peçelemesi” veya “vergide kaçamak” olarak da isimlendirilmektedir.<sup>56</sup> Doktrinde “peçeleme işlemi” kavramıyla eş anlamlı olarak “perdeleme işlemi” deyimini de kullanılmaktadır.<sup>57</sup> Peçeleme sözleşmesi vergi hukukuna has bir kavram olup, doğrudan vergiyi doğuran olayı dolanmayı veya azaltmayı amaçlar.<sup>58</sup> Peçeleme vergiyi dolanma amacıyla yapılan özel hukuk işlemidir. Mevzuatımızda peçeleme kavramına ve peçeleme sözleşmelerine ismen veya kavram olarak yer verilmemiş olup, kavram literatür tarafından üretilmiştir.<sup>59</sup> Çünkü, peçeleme sözleşmeleri ve vergisel sonuçlarıyla ilgili genel bir düzenleme VUK’da yer almamaktadır. Ancak, uygulama, içtihat ve doktrinde peçeleme ve peçelemeye bağlanan vergisel sonuçlar VUK’un 3/B-1 maddesi hükmüne dayandırılmaktadır.<sup>60</sup> Kanun koyucunun VUK’un 3/B maddesine ilişkin madde gerekçesinde “*vergiye tabi gelir ve işlemlerin, kanunların açık ve müsamahalı bulunduğu imkânlardan faydalanılmak suretiyle gizlendiğinin ve vergiye tabi değilmiş gibi gösterildiğinin ortaya çıkarılması amaçlanmıştır*”<sup>61</sup> açıklamalarına yer vermesi söz konusu genel kabule sebebiyet vermiştir. Gerekçede kullanılan “...*kanunların açık ve müsamahalı bulunduğu imkânlardan faydalanılmak suretiyle...vergiye*

<sup>52</sup> Oktar, s. 64.

<sup>53</sup> Şenyüz vd., s. 72.

<sup>54</sup> Öncel vd., s. 27.

<sup>55</sup> Öncel vd., s. 29.

<sup>56</sup> Salih Şanver, İşletme Vergiciliği ve Türk Vergi Sistemi, Başaran Matbaası, İstanbul, 1968, s. 123,124.

<sup>57</sup> Kaneti vd., s. 70.

<sup>58</sup> Doğan Şenyüz, Vergi Hukuku Açısından Özel Hukuk Sözleşmeleri, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2002, (Sözleşme), s. 87.

<sup>59</sup> Şenyüz vd., s. 72.

<sup>60</sup> Akkaya, s. 106.

<sup>61</sup> [https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/MGK\\_/d01/c002/mgk\\_01002028ss0084.pdf](https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/MGK_/d01/c002/mgk_01002028ss0084.pdf), (01.09.2022).

*tabi değilmiş gibi gösterildiğinin...*” ifadeleri ile özel hukukun “kanuna karşı hile” ve “objektif iyiniyet kurallarına aykırılık” kurumları üzerinden peçeleme sözleşmelerine yollama yapıldığı kabul edilmektedir.

Peçeleme içeren işlemlerin VUK’un 3/B maddesi kapsamında yapılacak ispat ve nitelendirme ile ortaya çıkartılması genel kuraldır. Ancak, vergi kanunları bazen belli sözleşmelerin peçeleme sözleşmeleri olarak kullanılabilceğini düşünerek belli koşullar altında yapılan sözleşmelerin geçersiz sayılacağını ya da kısmen geçerli olacaklarını hükme bağlamıştır.<sup>62</sup> KVK’daki örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması düzenlemeleri bu duruma birer örnek teşkil etmektedir. Gerek örtülü sermayede gerekse transfer fiyatlandırmasında yapılmış olan sözleşmeler, kanunun öngördüğü ve adi kanuni karine özelliği taşıyan peçeleme sözleşmeleridir. Bu sözleşmelerin ekonomik gerçekliği yansıttığını ispat yükü vergi ödevlisine aittir.<sup>63</sup>

Peçelemede, vergi kanununun amacına göre vergilendirme konusu olan iktisadi sonuca vergi kanununun doğrudan doğruya kapsamadığı bir hukuksal biçimle ulaşılmaya çalışılmaktadır. Vergilendirilmesi amaçlanan iktisadi sonuç başka bir hukuksal kılıklandırma altında vergi dışı bırakılmak, vergi kanunu bu yoldan dolanılmak istenilmektedir.<sup>64</sup> Peçelemede, özel hukuk sözleşmeleri olağan ve doğal sayılmayan bir biçim ve kalıp içinde, hayatın olağan akışına ters düşen şekilde kötüye kullanılmaktadır. Bu nedenle, bir özel hukuk işleminin peçeli işlem olarak nitelendirilebilmesi için vergiyi dolanma kastının varlığı şarttır.<sup>65</sup> Başka bir anlatımla, vergi ödevlisi olayların doğal akışıyla uyum içinde olmayan hukuksal kalıp ve biçimi vergi kanununu dolanmak kastıyla kullanmış olmalı, bilinçli olarak vergilendirme dışı bırakmayı öngördüğü “tertibe (düzenlemeye)” başvurmuş olmalıdır.<sup>66</sup> Peçelemenin tarafları vergi kanununun sözüne uygun davranıyor görünmekle birlikte onun özünü ihlal etmektedirler. Vergi kanununun amacı tamamen bertaraf edilmektedir.<sup>67</sup>

<sup>62</sup> Öncel vd., s. 27.

<sup>63</sup> Öncel vd., s. 28.

<sup>64</sup> Kaneti vd., s. 71.

<sup>65</sup> Şenyüz, Sözleşme, s. 30.

<sup>66</sup> Kaneti vd., s. 71.

<sup>67</sup> Öncel vd., s. 28.

Peçeleme işlemi (salt vergi kaçırmaya yönelen iradenin varlığını) ispat yükü kural olarak idareye aittir. Vergi yargısı organı da re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde delilleri araştıracaktır.<sup>68</sup> Vergilendirmede gerçek durumun ortaya konulması idareye düşen bir yüküdür. İdare gerçek durumu maddi ve somut delillerle ortaya koymak zorundadır.<sup>69</sup> Vergi idaresi, taraflarca seçilen sözleşmeye (hukuki biçime) doğal ve olağan kullanımı dışında başvurulduğunu, taraflarca tercih edilen hukuki işlemin "iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymadığını veya işin esasına göre normal ve mutad olmadığını" maddi ve somut delillerle ispatlamak zorundadır.

Peçelemenin varlığı saptandığında, taraflarca seçilen ölçüsüz işlem yerine ikame edilen varsayımsal ölçülü işlem (gerçekleşen işlem yerine varsayımsal işlemin ikame edilmesi kuralı) vergilemede esas tutulacaktır.<sup>70</sup> Başka bir anlatımla, peçeleme işlemiyle ulaşılmak istenen iktisadi sonuç vergi kanununun kapsamındaki doğal ve olağan olarak başvurulması gereken işlemle elde edilmiş olsaydı ne yolda vergilendirilecek idiyse, peçeleme işlemi de o şekilde vergilendirilir.<sup>71</sup> Öte yandan, peçeleme sözleşmesinde kullanılan hukuki biçim görünüşteki şekliyle taraflarca istenilmiştir. Özel hukuk açısından geçerli olan hukuki biçim vergi kanununu dolanmak, onun hükümlerini bertaraf etmek için seçilmiştir.<sup>72</sup> Ortaya konulan irade (işlem, sözleşme) ile ortaya konulmak istenen irade (işlem, sözleşme) aynıdır.<sup>73</sup> Bu nedenle, peçeleme işleminde görünürdeki işlemden başka bir işlem yoktur. Peçeleme kastıyla yapılan görünürdeki hukuki işlem, aynı zamanda taraflarca kabul edilen işlemdir.<sup>74</sup> Özel hukuk açısından tamamen gerçek ve geçerli olan peçeleme sözleşmeleri sadece vergi hukuku açısından geçersiz olmaktadır.<sup>75</sup> Bu itibarla, taraflar peçeli sözleşmenin yalnız şeklini değil, içeriğini dahi yerine getiriyor olabilirler. Ancak, vergi hukuku, vergiyi azaltmaya yönelmiş olan peçeli sözleşmeyi tanımamaktadır.<sup>76</sup>

<sup>68</sup> Öncel vd., s. 27.

<sup>69</sup> Şenyüz, Sözleşme, s. 28.

<sup>70</sup> Akkaya, s. 101.

<sup>71</sup> Kaneti vd., s. 72.

<sup>72</sup> Öncel vd., s. 29.

<sup>73</sup> Şenyüz, Sözleşme, s. 87.

<sup>74</sup> Osman Pehlivan, Vergi Hukuku, Celepler Matbaacılık, Trabzon, 2020, s. 45.

<sup>75</sup> Sarılı, s. 42.

<sup>76</sup> Şanver, s. 124.

Aslında, bu durum vergi hukukunda cari olan “gerçeklik ilkesi” nin bir istisnasını oluşturmaktadır. Normun uygulanmasında somut maddi olayın fotoğrafının çekilebileceği, hiçbir surette değiştirilemeyeceği yönündeki kuralın geçerli olmadığı tek hal peçelemedir.<sup>77</sup> Dolayısıyla, peçeleme işlemleriyle her ne kadar vergi zıyaı kabahati işlenmiş olsa da vergi kaçakçılığı suçu işlenmesi mümkün değildir. Vergi hukuku açısından peçeleme içerdiği kabul edilen sözleşmeler -temelde gerçek bir iktisadi ya da hukuki ilişkiye dayandığı için- başta sahte belge düzenleme fiili olmak üzere VUK’un 359’uncu maddesinde sayılan vergi kaçakçılığı suçlarının kapsamına girmemektedir.

### III. Bir Vergi Peçelemesi Yöntemi: Vakfın İştirakleri Tarafından Vakıf Üniversitesine Bağış Yapılması

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK’nın) 285’inci maddesine göre, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmeye “bağışlama sözleşmesi” adı verilmektedir. Bağışlama sözleşmesi karşılıksızlık (ivazsızlık) üzerine kurulmuştur. Bu nedenle, malvarlığı kapsamında mülkiyete konu olan şeylerin karşılıksız kazanımı bağışlama sözleşmesinin konusuna girer. Doğal olarak, satış sözleşmesinin konusunu oluşturan her şey bağışlamanın da konusunu oluşturabilir.<sup>78</sup> Öte yandan, miras yoluyla meydana gelen intikallerde de bir ivazsızlık söz konusu olmasına karşın, buradaki karşılıksız kazandırıcı işlemler<sup>79</sup> (bağışlama sözleşmesinden ayrı ve farklı olarak) miras hukukunda özel olarak düzenlenmiş (kendine özgü/tipik) işlemlerdir.

Kazandırıcı işlem, bağışlananın zenginleşmesine neden olmalıdır. Zenginleşme, hem malvarlığı çoğalmasında hem de giderlerden kaçınma, yani esasen meydana gelecek bir malvarlığı azalmasının önlenmesidir.<sup>80</sup>

Bir özel hukuk biçimi olan bağışlama sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilen mülkiyetin nakli işlemi bir takım vergisel sonuçlar doğurmaktadır. Bağış yapılan tarafın bir iktisadi işletme olması halinde,

<sup>77</sup> Akkaya, s. 102.

<sup>78</sup> Doğan Şenyüz, Borçlar Hukuku, 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, (Borçlar), s. 321, 322.

<sup>79</sup> Herman Becker, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Çev. A. Suat Dura, Yargıtay Yayını No:24, Ankara, 1993, s. 211.

<sup>80</sup> Becker, s. 209.

genel kural olarak, bağış tutarının ticari kazanç olarak kabul edilmesi ve gelir ya da kurumlar vergisine tabi tutulması gerekmektedir. Bağışlama sözleşmesinin diğer tarafı olan bağışlayanın gelir veya kurumlar vergisi mükellefi olması ve yapılan aynı ya da nakdi bağışın 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun (GVK'nın) 89 ve KVK'nın 10'uncu maddelerinde sayılan koşulları karşılması halinde bu bağışlar "diğer indirim" olarak gelir ve kurumlar vergisi matrahından (ilgili maddelerde belirtilen sınırlar dâhilinde) düşülebilmektedir. Öte yandan, YÖK Kanunu'nun 56 ve ek 7'nci maddelerinde yapılan özel düzenlemeler uyarınca, devlet ve vakıf üniversitelerine makbuz karşılığında yapılan bağışların tamamı (herhangi bir oran sınırlaması olmaksızın) GVK ve KVK hükümlerine göre yıllık beyanname ile bildirilecek gelirden ve kurum kazancından (beyanname üzerinde ayrıca gösterilmek ve beyan edilen gelir ve kazanç miktarı aşılmamak kaydıyla) indirilebilmesi mümkündür.

YÖK Kanunu'nun ek 6'ncı maddesinde "*vakıf yükseköğretim kurumuna doğrudan doğruya bağış ve yardım*<sup>81</sup> *yapılabilir*" hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla, kişi ve kurumların bir özel hukuk kalıbı olan bağışlama sözleşmesi kurmak suretiyle vakıf üniversitelerine aynı ya da nakdi bağış yapmalarına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak, vakfın iştirak ettiği bir şirket tarafından vakıf üniversitesine bağış yapılması hali bu noktada önem ve özellik arz etmektedir.

Vakıflar, sosyal (kuruluş) amaçlarının gerçekleşmesi için ihtiyaç duydukları gerekli finansmanı sağlamak üzere (kâr payı geliri elde etmek için) sermaye şirketlerine iştirak edebilmekte, yani bu şirketlere ortak olabilmektedirler. Şirketler ekonomik amacı haiz kişi birleşmeleridir. Dernek ve vakıfların aksine, şirketler iktisadi amaç (kazanc sağlamak) için kurulurlar, yani kişilerin birleşmesinin esasını kâr elde etmek ve bunu kendi aralarında paylaşmak teşkil eder.<sup>82</sup> Başka bir anlatımla, bir ticaret şirketine ortak olmak isteyeninin amacı kâr (payı) elde edebilmektir. Dolayısıyla, TTK'da düzenlenen şirketlerin amacı da, nihai tahlilde, kâr sağlamak ve bunu kâr payı olarak ortaklarına pay-

<sup>81</sup> Malvarlığı kapsamında mülkiyete konu olan şeylerin karşılıksız devri karşı tarafın talebi olmadan gerçekleşiyorsa "bağış", karşı tarafın talebi üzerine gerçekleşiyorsa "yardım" olarak adlandırılmaktadır.

<sup>82</sup> Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 5.



laştırmaktır.<sup>83</sup> Kâr payı deyimi, pay sahipleri (ortaklar) ile kara katılan diğer kimselere dağıtılmasına karar verilen kârdan bunların her birine düşen payı ifade eden terimdir. Bu bakımdan, pay sahibinin gerçek veya (dernek ve vakıflar gibi) tüzel kişi olmasının bir önemi yoktur.<sup>84</sup> Ticaret şirketlerinin pay sahiplerine dağıtacakları kar, ticari bilançoya göre oluşan kârdır. Bir işletmenin gerçek kazancı ancak o işletmenin tasfiyesi sonunda belli olur. Ancak, işletmenin yıllık kazanç veya kaybını gerçeğe yakın olarak hesaplamak için belli usuller vardır.<sup>85</sup> Günümüzde yıllık ticari bilanço kârı (kazanç), genel olarak, ilgili hesap yılının özsermayeleri arasındaki fark olarak kabul edilmektedir. Bu şekilde saptanan yıllık kazançlar üzerinden de TTK'da belirlenen usul ve esaslar dâhilinde ortaklara kâr dağıtımını yapılması ilkesi benimsenmiş vaziyettedir. Nitekim, genel kural olarak, kâr payı ödemek şirket için borç ve talep etmek ise ortak (paydaş) için bir haktır.<sup>86</sup> Gerçekten, TTK'nın 519'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının (c) bendinde anonim şirketlere yönelik olarak "*pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödendikten sonra...*" ibaresine yer verilmiştir. TTK'nın 610'uncu maddesi uyarınca, anılan norm limited şirketler açısından da hüküm ifade etmektedir. TTK'nın anonim şirketlere yönelik hüküm getiren 507'nci maddesinde ise "*her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkını haizdir*" kuralına yer verilmiştir. Anılan normlar "genel kural olarak anonim şirketlerde yıllık kâr dağıtımının zorunlu olduğu, bu şirketlerin kâr dağıtmama yönünde irade göstermelerinin mümkün olmadığı" muhtevalı yorumları<sup>87</sup> beraberinde getirmiştir. Çünkü, böyle bir kâr payı (temettü) politikasının pay sahibinin kâr payından yoksun bırakılması anlamına geleceği, bu durumun anonim şirketin temel yapısına aykırı olduğu, bu yönde alınacak bir genel kurul kara-

<sup>83</sup> Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 12. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2017, s. 21.

<sup>84</sup> Rüştü Erimez, Şirketlerde Kâr Dağıtım-Yedek Akçeler ve Vergileme, 3. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1985, s. 159.

<sup>85</sup> Gelirler Genel Müdürlüğü, Ortaklıklarda Kâr Dağıtım ve Çeşitli İş Kollarında Vergi İncelemesi", Güneş Matbaası, 1973, s. 8.

<sup>86</sup> Yaşar Karayalçın, Muhasebe Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1988, s. 127.

<sup>87</sup> Ünal Tekinalp, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 203.

rının batıl olacağı ifade edilmektedir.<sup>88</sup> Benzer yorumun limited şirketler için de yapıldığı görülmektedir. Limited şirketlerde, bir yatırımın finanse edilmesi gibi haklı bir sebep olmaksızın ya da diğer ortakların bezdirilmesi amacıyla kâr dağıtılmaması veya yetersiz kâr dağıtılması ve özellikle bunun birkaç yıldan beri tekrarlanması halinde genel kurul kararına karşı iptal davası açılabileceği gibi ortaklığın feshinin de talep edilebileceği yorumu yapılmaktadır.<sup>89</sup> Netice itibarıyla, ekonomik amaçlar doğrultusunda faaliyette bulunan şirketlerin elde ettikleri kârı ortaklarına temettü olarak dağıtmaları “olması gereken, normal ve mutad” bir durumdur. Hayatın olağan akışı bunu gerektirmektedir. Bir ticaret şirketine iştirak edilmesinin altında yatan sebep kâr payı elde etmek olduğuna göre, şirketler tarafından ortaklara düzenli olarak kâr dağıtımı (yıllık kârdan dağıtım) yapılması “iktisadi, ticari ve teknik icaplara uygun bir davranış biçimi” olmaktadır.

Dağıtılacak kârın tespiti ve dağıtımı başta TTK olmak üzere özel hukukun ilgi alanına giren bir konudur. Nitekim, vergi mevzuatında dağıtılacak kârın nasıl tespit edileceğine ve nasıl dağıtılacağına yönelik herhangi bir hüküm yer almamaktadır.<sup>90</sup> Ancak, özel hukuk hükümleri çerçevesinde elde edilen kâr payları, gelir ve kurumlar vergisi açısından, vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesine sebebiyet verebilmektedir. Bilhassa, kurumlar vergisi mükelleflerinin<sup>91</sup> haricinde kalan diğer kişi ve kurumlar tarafından elde edilen kâr paylarının vergilendirilmesinde tevkifat (ödemeyi yapan tarafından kaynaktan kesinti yapılması) usulü caridir. GVK'nın 94/1-6-b-i maddesi ile KVK'nın 15/2 maddesinde sayılan kişi ve kurumlara kâr dağıtımında bulunan sermaye şirketlerinin, söz konusu kâr payı ödemelerinin brüt tutarları üzerinden gelir ve kurumlar vergisi tevkifatı yapmaları bir zorunluluk arz etmektedir. Bu itibarla, bir sermaye şirketi tarafından pay sahibi (ortak) sıfatını haiz bir vakfa kâr dağıtımında bulunulduğunda, GVK'nın 94/1-6-b-i maddesi uyarınca, ödemeyi yapan şirket tarafından % 10

<sup>88</sup> Tekinalp, s. 203.

<sup>89</sup> Tekinalp, s. 391.

<sup>90</sup> Harun Kaynak, “Zararların Dağıtılmamış Karlardan Mahsubu Kâr Dağıtımı Sayılır mı?”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı: 361, Eylül 2011, s. 14.

<sup>91</sup> Tam mükellef kurumlarca elde edilen kâr payları ile dar mükellef kurumlarca Türkiye'deki işyerleri veya daimi temsilcileri aracılığıyla elde edilen kâr payları tevkifata tabi değildir.

oranında<sup>92</sup> gelir vergisi tevkifatı (vergi sorumlusu sıfatıyla kesinti) yapılması ve bu kesinti tutarının muhtasar beyanname ile vergi dairesine aktarılması gerekmektedir. Çünkü, anılan maddede “tam mükellef kurumlar tarafından gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olmayanlara dağıtılan 75’inci maddenin ikinci fıkrasının (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde<sup>93</sup> yazılı kâr paylarından vergi tevkifatı yapılacağı” hükme bağlanmıştır. Vakıfların da tüzel kişiliği itibarıyla herhangi bir gelir ve kurumlar vergisi mükellefiyeti bulunmamaktadır. Dolayısıyla, tam mükellef kurum konumundaki bir sermaye şirketi, iştirakçisi konumundaki bir vakfa dağıttığı kâr payı nedeniyle brüt tutar üzerinden % 10 oranında vergi tevkifatı (kaynaktan kesinti) yapmak ve muhtasar beyanname aracılığıyla vergi dairesine ödemek zorundadır.

Uygulamada, sıklıkla, vakıfların iştirak ettiği sermaye şirketlerinin elinde dağıtılabilecek bir fon, yani hesap yılının sonu itibarıyla sermaye şirketine ortaklara dağıtılabilecek nitelikte kâr ve likidite mevcut olmasına rağmen ortaklara ve bu arada vakfa yıllar boyunca herhangi bir şekilde kâr payı dağıtılmadığı görülmektedir. Yıllar boyunca ortaklarına kâr payı dağıtmayan bu şirketler bir yandan da ortak konumundaki vakıf tarafından kurulan ve gerek sermaye gerekse idari yönden bu vakfa ait olan üniversiteye (vakıf üniversitesine) düzenli olarak yüksek miktarlarda bağış yapmaktadırlar. Başka bir anlatımla, vakfın ortağı olduğu sermaye şirketi yıllar boyunca kâr payı dağıtma borcunu ifa etmemekte, ancak borçlu olduğu vakfın sahibi bulunduğu üniversiteye, yani vakfa ait iktisadi işletmeye düzenli olarak aynı ya da nakdi bağış yapmaktadır. Bu davranış biçiminin öncelikle iktisadi, ticari ve teknik icaplara, yani hayatın olağan akışına büyük bir aykırılık teşkil ettiğini ifade etmek gerekir. İşin esasına göre anormal ve gayrimutad bir hal teşkil eden bu hareket tarzı taraflara iki farklı vergisel avantaj sağlamaktadır. Birinci avantaj, vakıf üniversitesine yapılan bağış tutarının tamamının YÖK Kanunu’nun 56 ve ek 7’nci maddeleri

<sup>92</sup> 21.12.2022 tarihli ve 4936 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 12.01.2009 tarihli ve 2009/14592, 2009/14594 sayılı Bakanlar Kurulu Kararlarında değişiklikler yapılarak %15 olan stopaj oranı %10’a düşürülmüştür.

<sup>93</sup> GVK’nın 75’inci maddesinin 2’nci fıkrasının 1 numaralı bendinde “her türlü hisse senetlerinden elde edilen kâr payları”, 2 numaralı bendinde “iştirak hisselerinden (hisse senedine bağlı olmayan ortaklık paylarından) elde edilen kâr payları” ve 3 numaralı bendinde de “kurumların idare meclisi başkan ve üyelerine verilen kâr payları” yazılıdır.

gereğince sermaye şirketinin kurum kazancından diğer indirim olarak düşülmesi ve böylece daha az kurumlar vergisi ödenmesidir. İkinci avantaj ise, kâr payı gelirinе bağı olarak doğacak ve vakfın üzerinde nihai yük olarak kalacak olan % 10 oranındaki vergi kesintisinin (stopaj gelir vergisinin) bertaraf edilmesidir. Şayet, iştirak edilen sermaye şirketi hayatın olağan akışına uygun hareket etmiş olsaydı, her yıl ortaklarına ve bu bağlamda vakfa kâr payı dağıtacak, vakfa isabet eden brüt kâr payı üzerinden de tevkifat yaparak vergi dairesine ödeyecekti. Şirket tarafından vakfa yapılan ödeme kâr payı olduğunda, söz konusu ödeme tutarının şirketin kurumlar vergisi matrahundan gider ya da maliyet olarak indirilmesi imkânsız hale gelmektedir. Görüldüğü üzere, sermaye şirketinin ortağı konumundaki vakfın kurmuş olduğu üniversiteye para aktarılması işlemi (ulaşılacak istenen iktisadi sonuç) iki farklı yolla gerçekleşebilmektedir. Bu yollardan birisi vergisiz iken, diğeri ise vergilidir. Vergisiz yol iktisadi, ticari, teknik icaplara aykırılık teşkil etmekte ve işin esasına göre anormal ve gayrimutad bir uygulama yapıldığı anlamına gelmektedir. Çünkü, taraflarca seçilen yol olan vergisiz yol ile ulaşılacak istenen iktisadi sonuç (vakıf üniversitesine para aktarılması) arasında makul bir bağlantının mevcudiyeti söz konusu değildir.<sup>94</sup> Başka bir anlatımla, normal ve mutad olan ve ekonomik gerçeklere uygun olan durum<sup>95</sup>, şirketin elde ettiği kârı ortaklarına (vakfa) dağıtması, vakfın da bu kâr payı gelirini kuruluşunda belirlenen sosyal amaçların gerçekleştirilmesinde kullanması, yani sahibi bulunduğu üniversitenin eğitim faaliyetlerinde harcanmak üzere bu işletmeye transfer etmesidir. Böyle bir tertip karşısında bahse konu bağışlama işleminin “peçeleme işlemi” olarak kabul edilmesi bir zorunluluk arz etmektedir. Burada, bir özel hukuk kalıbı olan bağışlama sözleşmesinin (uygun, makul, münasip ve ölçülü olmayan bir şekilde kullanılmak suretiyle) kötüye kullanılması<sup>96</sup> söz konusudur. Buradaki bağışlama sözleşmesi ölçülü değildir. Çünkü, bağışlama sözleşmesi ile perdelenen iktisadi amaç tipik addedilen bir formdadır<sup>97</sup>, yani kâr payı dağıtım formundadır. Zaten, vergisel avantaj sağlama amacı dışında tutulduğunda geride anlamlı bir iktisadi bütünlük kalmamaktadır.<sup>98</sup>

<sup>94</sup> Akkaya, s. 100.

<sup>95</sup> Oktar, s. 64.

<sup>96</sup> Akkaya, s. 99.

<sup>97</sup> Akkaya, s. 99.

<sup>98</sup> Akkaya, s. 100.

Herhangi bir sosyal amacı bulunmayan, tam tersine her zaman ekonomik veya ticari amaçlarla kurulan ve ortaklarına kâr payı dağıtmakla borçlu ya da sorumlu olan sermaye şirketlerinin elde ettikleri kazançları ortaklarına (vakfa) kâr payı olarak dağıtmak yerine yıllar boyunca ve düzenli bir şekilde vakfa ait iktisadi (ticari) işletmeye bağışlamaları, kendi içerisinde, anlamlı hiçbir bir iktisadi bütünlük taşımamaktadır. Borçlu olunan kişiye borcun ödenmesi yerine bağışta bulunulmasının iktisadi, ticari ve mantıklı hiçbir izahı bulunmamaktadır. İşin esasına göre doğal olarak kendisine başvurulmayacak<sup>99</sup> olan bağışlama sözleşmesine vergi normlarını dolanmak amacıyla başvurulmuştur. Başvurulan bağışlama sözleşmesi olağan ve doğal sayılmayan bir biçim ve kalıp içinde hayatın olağan akışına ters düşen bir şekilde kötüye kullanılmıştır.<sup>100</sup> Dolayısıyla, seçilen form (bağışlama sözleşmesi) ölçsüzdür ve kötüye kullanma koşulu<sup>101</sup> gerçekleşmiştir. Kısaca, söz konusu bağışlama sözleşmesi GVK ve KVK normlarını dolanmak, bu normlardaki vergilendirme kurallarını bertaraf etmek (vergiyi doğuran olayı gizlemek) için kasten seçilmiştir. Burada, salt vergi kaçırmak amacıyla özel hukukun bağışlama sözleşmesi kalıbı kullanılmıştır.

Peçeleme sözleşmesi ile üzeri örtülen vergiyi doğuran olayın tabii olduğu normlara göre vergileme yapılması (peçenin kaldırılması) teorisi çerçevesinde gerçek ekonomik mahiyet üzerinden vergi alınması gerekmektedir.<sup>102</sup> Bu bağlamda, sermaye şirketi tarafından vakfa ait iktisadi işletmeye bağış adı altında yapılan transferlerin vakfa ödenen net kâr payı olarak kabul edilmesi ve şirket adına (vergi sorumlusu sıfatıyla) vergi ziyai cezalı stopaj gelir vergisi tarhiyatı yapılması gerekmektedir. Öte yandan, şirket tarafından bağış adı altında kurumlar vergisi matrahından indirim konusu yapılan tutarların da reddedilerek vergi ziyai cezalı kurumlar vergisi tarhiyatı yapılacağı tabiidir.

Buraya kadar ifade edilen hususları şu şekilde örneklendirmek mümkündür. (X) vakfı, (Y) anonim şirketinin % 100 oranında hissedarıdır. Şirket (imkânı olmasına karşın) öteden beri herhangi bir kâr dağıtımında bulunmamaktadır. Ancak, şirket her yıl düzenli olarak yıllık kârının tamamını (X) vakfına ait iktisadi işletme konumundaki (X)

<sup>99</sup> Öncel vd., s. 28.

<sup>100</sup> Şenyüz, Sözleşme, s. 30.

<sup>101</sup> Akkaya, s. 100.

<sup>102</sup> Şenyüz vd., s. 72.

üniversitesine (hesap döneminin son günü itibarıyla) nakit olarak bağışlamaktadır. (X) vakfının % 100 oranında ortağı olduğu söz konusu şirket 2021 hesap döneminde 2.000.000 TL tutarında ticari bilanço kârı elde etmiş ve bu kazancının tamamını (X) vakfının sahibi bulunduğu (X) üniversitesine 31.12.2021 tarihinde nakit olarak bağışlamıştır. Bu veriler ışığında, hukuk önüne çıkartılan ilişki ile gerçek iktisadi ilişki ve bunların vergisel sonuçları aşağıdaki gibi olmaktadır.

**Tablo-1: Bağışlama İşlemi ile Kâr Dağıtım İşlemi Arasındaki Vergisel Farklar**

<b>1) (Y) ANONİM ŞİRKETİ (2021 Hesap Dönemi Verileri)</b>	Peçeli İşlemin (Bağışlananın) Vergisel Sonuçları	Gerçek Mahiyetin (Kâr Dağıtımının) Vergisel Sonuçları
Bağış Öncesi Ticari Bilanço Kârı	2.000.000 TL	2.000.000 TL
Bağış Ödemesi: (X) Vakfına Ait Üniversiteye Aktarılan Tutar (-)	2.000.000	0,00
Nihai Ticari Bilanço Kârı	0,00	2.000.000
Kurumlar Vergisi Matrahı (Mali Bilanço Kârı)	0,00 <sup>103</sup>	2.000.000
Hesaplanan Kurumlar Vergisi (% 25) (-)	0,00	500.000
Dağıtılabilir Dönem Net Kârı (Yedek Akçe vb. Unsurlar İhmal Edilmiştir)	0,00	1.500.000
Kâr Payı Dağıtımına Bağlı Stopaj (GVK Md. 94/1-6-b-i) (% 10) (Stopaj Gelir Vergisi) (-)	0,00	150.000
Ödenecek Net Kâr Payı	0,00	1.350.000
<b>2) (X) VAKFININ GELİRİ</b>		
Vakfın Elde Ettiği Net Kâr Payı Geliri	0,00	1.350.000
<b>3) DEVLETİN VERGİ GELİRİ</b>		
Kurumlar Vergisi Tahsilatı	0,00	500.000
Stopaj Gelir Vergisi Tahsilatı	0,00	150.000
<b>TOPLAM</b>	<b>0,00</b>	<b>650.000 TL</b>

<sup>103</sup> YÖK Kanunu'nun 56 ve ek 7'nci maddeleri uyarınca, vakıf üniversitelerine yapılan bağışların tamamı kurumlar vergisi matrahının (mali bilanço kârının) tespitinde beyanname üzerinden indirim konusu yapılabilmektedir.

Tablodan da açıkça görüldüğü üzere, taraflar özel hukukun bağışlama sözleşmesi kalıbını bir perdeleme aracı olarak (kötüye) kullanmak suretiyle GVK ve KVK'nın etrafından dolanmışlar ve böylece toplam 650.000 TL tutarındaki vergi gelirini ziyaa uğratmışlardır. Dolayısıyla, idare öncelikle VUK'un 3/B maddesinde hüküm altına alınan "delil serbestliği" ve "ekonomik yaklaşım" ilkeleri çerçevesinde peçeleme işleminin varlığını somut ve maddi olarak ortaya koymak zorundadır. Vergi idaresi, tarafların salt vergi kaçırmaya yönelen iradelerinin varlığını (peçeleme yapmak suretiyle vergi kaçırma kastını) bu şekilde açık ve belli ettikten sonra şirket adına vergi ziyai cezalı stopaj gelir vergisi ve kurumlar vergisi tarhiyatları yapacaktır. İdarenin, tarh edilecek vergi asılları üzerinden ayrıca gecikme faizi de tahakkuk ettireceği tabiidir.

### Sonuç

Vakıflar kuruluş amaçlarını gerçekleştirebilmek adına yükseköğretim kurumları kurabilmektedirler. Vakıf üniversitesi ya da özel üniversite olarak adlandırılan ve piyasaya bir bedel (ücret) karşılığında eğitim ve sağlık hizmetleri sunan bu teşekküllerin ayrı bir tüzel kişiliği bulunmaktadır. Gerek idari yönden gerekse sermaye yönünden tamamen kurucu vakfa ait ve bağlı olan bu tüzel kişiliklerin kurumlar vergisi açısından "vakıflara ait iktisadi işletme" olarak kabul edilmesi ve buna göre vergilendirilmesi gerekmektedir. Ancak, vergi idaresinden çıkan özgelelerde hatalı bir şekilde "vakıf üniversitelerinin kamu kurumu olarak kabul edildiği ve iktisadi kamu kuruluşu esaslarına göre nitelendirme yapıldığı" görülmektedir. Oysaki, vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğine sahip olduklarının kabul edilmesinin kurumlar vergisi açısından bir önemi yoktur. Kurumlar vergisi açısından önemli olan şey, vakıf üniversitelerinin vakıflar tarafından kurulan birer iktisadi üniteler olduğu ve bu işletmelerin kurucu vakıflara ait ve bağlı olarak piyasaya ücret karşılığında eğitim ve sağlık hizmeti sunduğudur. Vergi hukukunun idari usul kodu olan VUK'un 3/B maddesi uyarınca, maddi yaşamda gerçekleşen olguların hukuki biçiminden ziyade iktisadi özleri, yani gerçek mahiyetleri esas alınmak zorundadır. Vakıf üniversitelerine ilişkin gerçek iktisadi içerik esas alındığında



ise, bu teşekkürlerin “vakıflara ait iktisadi işletme” olarak kurumlar vergisinin konusuna girdiği görülmektedir. Bu nedenle, anılan özelgelerdeki hatalı görüşün düzeltilmesi önem arz etmektedir.

YÖK Kanunu vakıf üniversitelerinin bağış ve yardım almalarına izin vermiştir. Burada, vakıf üniversitesine bağış yapan tarafın ortaklık yapısı ve bağışlamadaki amacı vergi hukuku açısından önem ve özellik taşımaktadır. Vakıf üniversitesine bağış yapan bir sermaye şirketi ve bu şirketin ortağı da üniversiteyi kuran vakıf ise bahse konu bağış işleminin ekonomik yoruma tabi tutulması bir zorunluluk arz etmektedir. Vakfın iştirak ettiği sermaye şirketi (ortaklara dağıtılabilir nitelikte kâr ve likiditeye sahip olmasına karşın) yıllar boyunca kâr dağıtmıyor, ancak vakfın kurduğu üniversiteye (vakfa ait iktisadi işletmeye) her yıl düzenli olarak bağışta bulunuyorsa buradaki “bağışlama sözleşmesi” vergi hukuku açısından artık “peçeleme sözleşmesi”ne dönüşmektedir. Peçeli işlemlerin vergilendirilmesinde hükmünü bulan “gerçekleşen işlem yerine varsayımsal işlemin ikame edilmesi kuralı” uyarınca, salt vergi kaçırmaya yönelen iradenin (kasıtlı hareketin) hukuk önüne çıkarttığı ilişkiye (bağışlama işlemine) göre değil de üzeri örtülen (perdelenen/peçelenen) iktisadi içeriğe (kâr payı dağıtımını esaslarına) göre gerekli tarhiyatların yapılacağı, cezaların kesileceği ve gecikme faizi aranacağı tabiidir.

Öte yandan, vakfın iştirak ettiği sermaye şirketleri tarafından vakfa ait üniversiteye hiçbir şekilde bağış yapılamayacağı gibi bir sonuca varılmamalıdır. Bu, elbette mümkündür. Vergi hukuku sadece bağışlama sözleşmesi peçeleme yapmak amacıyla (vergi kaçırmak amacıyla) kullanıldığında olaya müdahil olmaktadır. Vakfın iştirak ettiği sermaye şirketleri tarafından vakfa ait üniversiteye yapılan bağışların ölçülü olması, yani kötüye kullanma koşulunun gerçekleşmemesi durumunda vergisel açıdan da herhangi bir eleştiri getirmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, peçeleme olayını değerlendirirken çok dikkatli olmak gerekir. Peçeleme kararına varılmadan önce olayın tüm ayrıntıları dikkatle araştırılmalıdır. Dolayısıyla, bir sözleşme salt vergi kaçırma amacına yöneldiğinde peçeleme sözleşmesidir.<sup>104</sup>

<sup>104</sup> Öncel vd., s. 26, 27.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akkaya Mustafa, Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Bahtiyar Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 12. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2017.
- Becker Herman, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Çev. A. Suat Dura, Yargıtay Yayını No:24, Ankara, 1993.
- Bilgili Fatih ve Demirkapı Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Basım, Dora Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013.
- Bilici Nurettin, Türk Vergi Sistemi, 44. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- Bozer Ali ve Göle Celal, Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2015.
- Domaniç Hayri ve Ulusoy Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Bası, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2007.
- Erimez Rüşti, Şirketlerde Kâr Dağıtım-Yedek Akçeler ve Vergileme, 3. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1985.
- Gelirler Genel Müdürlüğü, Kurumlar Vergisi Kanunu ve İzahları, Biricik Basımevi, Ankara, 1949.
- Gelirler Genel Müdürlüğü, Ortaklıklarda Kâr Dağıtım ve Çeşitli İş Kollarında Vergi İncelemesi", Güneş Matbaası, 1973.
- Gözler Kemal ve Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020.
- Kaneti Selim, Ekmekçi Esra, Güneş Gülsen ve Kaşıkçı Mahmut, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- Karayalçın Yaşar, Muhasebe Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1988.
- Oktar S. Ateş, Vergi Hukuku, 13. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2018.
- Özbalcı-Oluş Mali Hukuk Bürosu, Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet ve Çağan Nami, Vergi Hukuku, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- Pehlivan Osman, Vergi Hukuku, Celepler Matbaacılık, Trabzon, 2020.
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Saraçoğlu Fatih ve Pürsünlerli Çakar Elif, Vergi Hukuku, 7. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.
- Sarılı Mustafa Ali, Türk Vergi Hukuku, Hermes Ofset, Ankara, 2020.
- Şanver Salih, İşletme Vergiciliği ve Türk Vergi Sistemi, Başaran Matbaası, İstanbul, 1968.

- Şenyüz Doğan, Borçlar Hukuku, 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018.
- Şenyüz Doğan, Vergi Hukuku Açısından Özel Hukuk Sözleşmeleri, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2002.
- Şenyüz Doğan, Açıklama ve Yorumlu 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Şenyüz Doğan, Yüce Mehmet ve Gerçek Adnan, Türk Vergi Sistemi, 19. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2022.
- Taşkan Yusuf Ziya, Vergi Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Tekinalp Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

### Makaleler

- Budak Tamer, "Katma Değer Vergisi Kanunu: Kültür ve Eğitim İstisnası: Vakıf Üniversiteleri", *AUHFD*, Sayı: 59 (3), 2010, ss. 449-465.
- Çölgezen Övül, "Vergi Hukukunda Yorum ve Ekonomik Yaklaşım İlkesi", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı: 346, Haziran 2010, ss. 69-74.
- Damar Emrullah, "Vakıf Üniversiteleri Öğrencilerinden Alınan Ücretlerden KDV Tahsilinin Gerekip Gerekmeyeceği", *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı: 50, Ocak-Şubat-Mart 2000, [https://www.ismmmo.org.tr/Yayinlar/Mali-Cozum-Dergisi/sayi-50/--2021,\(01.09.2022\)](https://www.ismmmo.org.tr/Yayinlar/Mali-Cozum-Dergisi/sayi-50/--2021,(01.09.2022)).
- Gürbüz Rana ve Akkaya Yüksel, "Türkiye'de "Vakıf" Üniversiteleri: Eğreti Bir Özellik", *Toplum ve Demokrasi Dergisi*, Sayı: 17-18, Ocak-Aralık 2014, ss. 67-80.
- Kaynak Harun, "Zararların Dağıtılmamış Karlardan Mahsubu Kâr Dağıtımını Sayılır Mı?", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı: 361, Eylül 2011, ss. 14-19.
- Koçak Hakkı, "Vakıf Üniversitelerinin Vergi Kanunları Karşısındaki Durumu", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı: 354, Şubat 2011, ss. 31-37.
- Uzunoğlu Nihat, "Vakıf Üniversitelerinde KDV Uygulaması Konusunda İdare ve Yargı Uygulamalarına Farklı Bir Yaklaşım", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı: 378, Şubat 2013, ss. 10-25.

### Gerekçeler

- 2365 sayılı Kanun Gerekçesi.
- 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu Gerekçesi.

### Düzenleyici İşlemler

- Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği.
- 1 seri no.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği.
- 21.12.2022 tarihli ve 4936 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı.

### Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesi'nin 30.05.1990 tarihli ve E.1990/2, K.1990/10 sayılı Kararı.

### Özelgeler

İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 04.06.2012 tarihli ve B.07.1.GİB.4.34.17.01-KDV.17-1798 sayılı özelgesi.

İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 02.09.2013 tarihli ve 11395140-105[Mük 257-2012/VUK-1- . . .]-1411sayılı özelgesi.

İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 09.06.2011 tarihli ve B.07.1.GİB.4.34.16.01-KVK 4-678 sayılı özelgesi.

# YAPAY ZEKÂ TARAFINDAN ÜRETİLEN FİKİR VE SANAT ÜRÜNLERİNİN KORUNMASI

## THE PROTECTION OF INTELLECTUAL AND ARTISTIC PRODUCTS PRODUCED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Aras ÖZKAN\*

**Özet:** Bir insanın ürettiği ürünün, bilginin, sanatın, fikrin kısaca eserin nasıl korunacağı ve hukuk sistemlerinin bu duruma karşı nasıl davranacağı sorusu özellikle son yüzyılımızda önemli tartışmalara konu olmuş, nihayetinde de sistematik şekilde kanunlarımızda yerini almıştır. Ülkemizde 05.12.1951 tarihinde kabul edilen Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, eser kavramını ve gerekli unsurlarını detaylı şekilde açıklayarak nasıl koruyacağını belirtmiştir. Fakat teknoloji denilen olgunun her geçen gün bir önceki yıla nazaran bile akıl almaz derecede ilerlemesi, yapılan her düzenlemeyi yetersiz kılmaktadır. Kanundaki hususiyet kavramı ve bir ürünün özellikle sadece insana özgü kabul edilmesi, kanunun teknolojinin gerisinde kalmasına neden olmaktadır. Teknolojinin yapay zekâ kavramını hayatımıza sokmasıyla birlikte başlarda otonom özellikleri bulunmayan yapay zekâlar, zamanla otonom özellikler sergilemeye ve hatta kendilerine ait eserler meydana getirmeye başlamıştır. Örneğin, üretilen bir yapay zekâ programının aktarılan bilgilerle resim çizdiği, müzik bestelediği, veri tabanına işlenen filmlerle birlikte yeni bir fragman meydana getirdiği bilinmektedir. Teknolojinin bu akıl almaz özelliğiyle birlikte yapay zekâların ortaya çıkardığı eserlerin hukuken korunması nasıl olacaktır? Hukukun bu ürünleri koruması için yeni düzenlemelere ihtiyaç duyduğu açıktır. Bu çalışmamızda yapay zekâ kavramının tanımını örneklerle destekleyerek anlatacak, yapay zekâların ürettiği fikir ve sanat ürünlerinin nasıl korunacağı konusunu Fikir ve Sanat Eserleri Kanununu da ele alacak ve özellikle yapay zekâ teknolojilerinin hukuki statüsünü açıklamaya çalışacağız.

**Anahtar Kelimeler:** Yapay Zekâ, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Yapay Zekânın Ürettiği Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunması, Yapay Zekânın Fikri Mülkiyet Hukuku, Yapay Zekânın Kişiliği

**Abstract:** The question of how to protect the product, knowledge, art, idea, briefly the work produced by a person and how the legal systems will behave against this situation has been the sub-

\* İstanbul Aydın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Bilişim Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, arasozkan@stu.aydin.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-4849-1617, Makalenin Gönderim Tarihi: 23.11.2022, Kabul Tarihi: 03.12.2022

ject of important debates especially in the last century, and finally, it has systematically taken place in our laws. The Law on Intellectual and Artistic Works, which was enacted in our country on 05.12.1951, stated in detail how to protect the concept of work and its necessary elements. However, the fact that the technology phenomenon has progressed at a pace that transgresses the human mind's capacity has rendered each regulation outdated and redundant. The concept of peculiarity in the law and the acceptance of a product specifically for human beings causes the law to fall behind technology. The concept of artificial intelligence introduced into our lives by technology which did not have any autonomous features at first started to exhibit autonomous features and even create works of their own. For example, it is known that, with the information given beforehand, an artificial intelligence program drew pictures, composed music, and created a new trailer for movies which were processed in the database. With this unimaginable feature of technology, how will these works of artificial intelligence be legally protected? It is clear that the law needs new regulations to protect these artificially created products. In this study, it is aimed to explain the definition and examples of the concept of artificial intelligence, and how to protect the ideas and art products produced by artificial intelligence by addressing the Law on Intellectual and Artistic Works.

**Keywords:** Artificial Intelligence, Law on Intellectual And Artistic Works, Protection of *İdeas* and Works of Art Produced by Artificial Intelligence, Intellectual Property Law of Artificial Intelligence, Personality of Artificial Intelligence

## GİRİŞ

İnsanlık tarihinin en önemli dönüm noktalarından birisi olan Sanayi Devrimi, insan gücüne dayalı ekonomik yapıyı değiştirerek makinelerin hâkim olduğu bir sistem geliştirmiştir.<sup>1</sup> İnsan gücünün üretime yetememesi ve insandan bağımsız hareket edebilen sistemlerin uzun vadede daha ekonomik oluşu sebebiyle geliştirilen teknoloji ile sadece sanayi alanında değil, insan hayatına her açıdan dokunan alanlarda önemli gelişmeler yaşanmıştır. 21. yüzyıl itibariyle finans, internet, alışveriş, eğitim, sağlık, savunma, lojistik ve hatta bürokrasi<sup>2</sup> gibi bütün alanlar teknoloji ile buluşmuştur. Bu teknoloji, dokunduğu alanlarda iş gücüne katkı sağlarken yapay zekâ kavramıyla da tanışmamıza vesile olmuştur.

<sup>1</sup> Güler Koştı, "Sanayi 4.0 ve Teknoloji Bileşenleri", *Journal Of Bussiness Innovation and Governance*, İzmir, C.3, S. 2, 2020 sf. 132

<sup>2</sup> Örneğin ülkemizde E-Devlet, EBA, E-Nabız gibi uygulamalarla devlet bürokrasisinin neredeyse bütün işleri üretilen yapay zekâlar ile gerçekleştirilebilmektedir.

Başlarda yalnızca bilim kurgu filmlerine konu olan yapay zekâ, günümüzde teknolojiye yardımcı olmakta kalmamış, otonom özellikler göstererek bağımsız hareketler de sergilemiştir. Örneğin ABD merkezli bir firma,<sup>3</sup> yalnızca fırça darbesi sayısını ve renkleri belirterek, birden fazla resim çizebilen robotlar geliştirmiştir.<sup>4</sup> Yine aynı şekilde geliştirilen bir yapay zekâ ürünü, ressam Rembrandt'ın eserlerinin bilgilerini yüz tanıma sistemi, algoritmalar ve üç boyutlu yazıcılar yardımıyla bir veri tabanında toplayarak ortaya yeni eserler çıkarmıştır.<sup>5</sup> Hollywood film sektöründe ise piyasa hacminin büyük çoğunluğunu elinde bulunduran bir şirket, başka bir teknoloji şirketiyle anlaşarak çektiği bir korku filminin reklam potansiyelini arttırabilmek için yapay zekâ ürün yaptırıp, çekilen filmde en etkili kısımları derleyerek korku ve gerilim taşıyan sahneleri bir fragman haline getirmiştir.<sup>6</sup> Bununla birlikte otonom hareketler sergileyebilen yapay zekâlardan söz edilse de medyada spekülasyon ve komplo teorileri üretilecek kadar zeki olmadıkları da söylenmektedir.<sup>7</sup>

Özellikle ilk ortaya çıkışı olan 1950 yıllarında genellikle matematiksel hesaplar yapabilen ve bu açıdan kullanılan yapay zekâlar artık insanlarla iletişime geçebilme, kendini eğitebilme gibi özelliklere sahiptir.<sup>8</sup> Günümüzde yapay zekâlar insanın düşünme sistemini kopyalayarak, kendini sorgulayabilen, herhangi alanda bilgi verebilen, yorum yapabilen hale gelmiştir.<sup>9</sup> Son derece hızlı ve etkili gelişen bir teknoloji ürünü haline gelen yapay zekâyâ 2016 yılına kadar 640 milyon dolar yatırım yapılmışken, bu sayının 2025 yılına kadar 37 milyar dolara kadar çıkacağı tahmin edilmektedir.<sup>10</sup>

<sup>3</sup> Mashable INC.

<sup>4</sup> EMMETT Smith, <https://mashable.com/video/ibm-japan-robot-artist/> Erişim Tarihi: 01.04.2022.

<sup>5</sup> Yeteneği Teknolojiyle Ölümsüzleştirmek <https://mediacat.com/yetenegi-teknolojiyle-olumsuzlestirmek/> Erişim Tarihi: 01.04.2022.

<sup>6</sup> IBM Research Takes Watson to Hollywood with the First <https://www.ibm.com/blogs/think/2016/08/cognitive-movie-trailer/> Erişim Tarihi: 01.04.2022.

<sup>7</sup> Burçak Ünsal, "Yapay Zekâ, Robotlar, Hukuki Düzenlemeler", İstanbul *Barosu Dergisi*, İstanbul, C. 93, S.4,2019, sf.65.

<sup>8</sup> Büşra Kaynak Balta, "Yapay Zekâ Ürünlerin Hukuki Niteliği ve Fikri Eser Kavramı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, C.24, S.3, 2020, sf. 206.

<sup>9</sup> Pratap Devarapalli, "Machine Learning to Machine Owning: Redefining the Copyright Ownership from the perspective of Australian, US, UK and EU Law", *European Intellectual Property Review*, C.40, S.11, 2018, sf.2.

<sup>10</sup> Tractica, <https://omdia.tech.informa.com/topic-pages/artificial-intelligence> Eri-



Yapay zekâların her ne kadar iş gücüne katkı sağladığı söylene de getirdiği yeni ucuz işçi tanımıyla birlikte bazı sektörleri robot işçi kavramıyla tanıştıracığı da konuşulmaktadır. Gerçekten de yapay zekâ sektörünün öncü ülkelerinden olan Japonya'nın Nagazaki kentinde yer alan bir otel sadece robotlar tarafından işletilmektedir. Bu otelde resepsiyondan kat hizmetlerine, yemekhaneden çamaşırhaneye kadar her alanda yapay zekâ robotlar görev almaktadır. Hiçbir insanın görevli olarak çalışmadığı bu işletmede odaların içinde de tamamen uzaktan kumandalarla kontrol edilebilen hizmetler sunulmaktadır.<sup>11</sup>

Son zamanlarda yapay zekânın avukatların yerini alıp alamayacağı da tartışılmaktadır.<sup>12</sup> Gerçekten de bu ihtimal çok da uzak değildir. Örneğin, IBM firması tarafından "Baker & Hostetler" isimli hukuk bürosunun iflas departmanına yardımcı olması adına geliştirilen "Ross" isimli bir yapay zekânın, dünyanın ilk yapay zekâ avukatı olarak kabul edilmesi hukuk ve teknoloji dünyasında önemli bir gelişme olmuştur.<sup>13</sup> Günümüzde de icra takip yazılımlarının Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) ile bütünleşmiş biçimde çalışarak, program üzerinden UYAP sistemine aktarma yapması ve bir icra takibini kendiliğinden başlatabilmesi de durumun basit bir örneğidir. Her ne kadar Oxford Üniversite tarafından yapılan bir araştırmaya göre avukatlık mesleğinin yapay zekâdan etkileneceği %3.5 olarak tahmin edilse de hukuk bürolarında çalışan sekreter, katip gibi meslek gruplarının yapay zekânın mağduru olabileceği ve işlerini kaybetme olasılığı yüksek risk grubu içerisinde yer alacağı düşünülmektedir.<sup>14</sup> Durum böyle olunca da ortaya yeni ürün çıkaran veya yaptığı hareketlerle sorumluluk kavramlarına neden olan ve hatta avukatlık gibi bazı meslek gruplarının yerini alıp alamayacağı tartışılan yapay zekânın hukuk öğretisinde kendini göstermemesi düşünülemez.

Yapay zekâ özelinde yaşanan bu gelişmeler özellikle yapay zekâların ürettikleri ürünler konusunda hak sahibi kavramını; hukuki

---

şim Tarihi: 04.04.2022.

<sup>11</sup> Henn na Hotel [https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/07/150717\\_japonya\\_otel](https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/07/150717_japonya_otel) Erişim tarihi: 05.04.2022.

<sup>12</sup> Lee Kevin, "Artificial Intelligence In The Legal Profession", *RWE Requirement*, 2018, sf.2.

<sup>13</sup> <https://futurism.com/artificially-intelligent-lawyer-ross-hired-first-official-law-firma> Erişim Tarihi: 29.10.2022.

<sup>14</sup> Carl Benedikt Frey, "The Future Of Employment: How Susceptible Are Jobs To Computerisation", Oxford Martin School, 2013, sf.40.

nitelik, eserlerin korunması ve geliştirilmesi gibi hususlar özelinde hukuk öğretisinde tartışılmaya başlanmıştır. Yapay zekânın hukuki niteliği, otonom hareketlerinin cezai sorumluluğu, bir bütün olarak mülkiyet haklarının niteliği ve nihayet yapay zekânın ürettiği fikir ve sanat ürünlerinin korunması konuları hukuk düzeninin çalışma alanında hararetli tartışmalara yol açmaktadır. Nitekim Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü, yapay zekânın fikri mülkiyet hukuku alanındaki yansımaları adına çalışmalar yapmış, kısa vadede çözüm önerisi olarak “yaratıcı” ve “yaratılan şey” arasında denge politikasına işaret etmiştir.<sup>15</sup>

Bu çalışmada yapay zekâların ürettiği ürünlerin hukuken statüsü ve hak süjesi olarak eser anlamında korunup korunmadığı fikri mülkiyet hukuku üzerinden ele alınacaktır. Yapay zekânın bir bütün olarak korunması değil, yapay zekâ tarafından üretilen eserlerin gayri maddi olarak korunması incelenecektir.

## I. YAPAY ZEKÂ

### A. YAPAY ZEKÂ KAVRAMI

Yapay zekâ kavramı, üzerinde fikir birliğine varılabilmüş bir kavram değildir. Bunun nedeni de teknolojinin öngörülemez biçimde gelişmesidir.<sup>16</sup> Bilgisayar veya türevi makineler aracılığıyla çalışan yapay zekâyı,<sup>17</sup> bazı yazarlar bilişim sistemlerinin, bilgisayarın veya bu sistemlerin kontrolünde olan robotların faaliyetlerini insan zekâsına benzer şekilde yerine getirme faaliyetleri<sup>18</sup> olarak tanımlarken bazıları ise genel olarak insan hareketlerini taklit etme özelliği olan ürünler olarak tanımlamaktadır.<sup>19</sup> Bütün tanım üzerinde her ne kadar fikir birliğine varılamasa da sonuç olarak yapay zekâ ürünlerde “insan zekâsına benzer

<sup>15</sup> Hasan Kadir Yılmaztekin, “Yapay Zekânın Eser Sahipliği”, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, sf. 21.

<sup>16</sup> Andreas Kaplan, Michael Haenlein, “Siri, Siri, in My Hand: Who’s The Fairest in the Land? On the Interpretations, Illustrations, and Implications of Artificial Intelligence”, Business Horizons, S.62, 2019, sf. 17.

<sup>17</sup> Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Yapay Zekâ, Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler”, Aristo Yayınevi, İstanbul 2021, sf. 15.

<sup>18</sup> BJ Copeland, <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence> Erişim Tarihi: 06.04.2022.

<sup>19</sup> Armağan Ebru Bozkurt Yüksel/ Başak Bak/ Sera Reyhani Yüksel/ Kemale Aslanova, “Yapay Zekâ, Futurist Hukuk”, Aristo Yayınevi, İstanbul 2018, s.6.

hareket” düşüncesi yatmaktadır.<sup>20</sup> Bu fikir doğru olsa da günümüzde teknolojinin öngörülemez şekilde ilerlemesi ve insan zekâsından daha güvenilir sonuçlar veren yapay zekâ teknolojilerinin ortaya çıkması bu tanımın değişmesine yol açmaktadır.<sup>21</sup> Örneğin, yapay zekâ kavramının tarihteki ilk yaratıcısı kabul edilen John McCarthy, yapay zekâ için insan davranışlarının makinelere de öğretilmesi tanımını yapmıştır.<sup>22</sup> Günümüzde ise yapay zekânın insan zekâsından üstün hale geldiğine yönelik tartışmalar, yapılan tanımları alt üst etmektedir. Bütün bu fikirler ışığında, kanaatimizce yapay zekâ, insan tarafından geliştirilen teknolojik ürünlere, insan davranışlarının öğretilmesi ve zekâ kavramını, öğretilen programlama sayesinde geliştirmesidir. Bu kapsamda yapay zekâ; öğrenme, problem çözme ve yorumlama gibi insan işlevlerini taklit etmesi olarak da tanımlanabilir.<sup>23</sup>

Yapay zekâ kavramı hakkında toplumda ise kavram karmaşası yaşanmaktadır.<sup>24</sup> Yapay zekâ denilince genelde bir cismani varlık olarak robot düşünülmektedir. Yapay zekâ tanımı, robot kavramını da içine alır. Aslında bu durum yapay zekâ kavramının dar anlamda yorumlandığını gösterir. Hâlbuki yapay zekâ, günlük hayatımızda kullandığımız telefonlarımız, bilgisayarlarımız ve hatta ev eşyalarımızda bile kendini gösterir. Örneğin akıllı telefonlarımız aracılığıyla gönderilen mesajlarda boş mesaj gönderilmesi halinde uyarı vermesi, ekranın belli bir süre sonra kendiliğinden kapanması, çamaşır makinelerinin suyu algılamadığı zaman çalışmaması, iPhone telefonlarda yardımcı asistan Siri örnek olarak gösterilebilir.

<sup>20</sup> Bu yönde görüş için ayrıca bkz; Barış Gözübüyük, “Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Kırkkale Hukuk Mecmuası*, C.1, S.1, sf. 58.

<sup>21</sup> Cannur Ercan, “Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2019, S.40; Lämmel/Cleve, *Künstliche Intelligenz*, München 2008, s. 14 (Bkz. Günther, s. 24, dn. 49).

<sup>22</sup> Nils Nilsson, “Yapay Zekâ/Geçmiş ve Geleceği”, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, B.1, İstanbul 2019, sf. 8.

<sup>23</sup> Russel, Stuart, “Artificial Intelligence: A Modern Approach”, Pearson Education Limited, New Jersey 2009, sf. 22.

<sup>24</sup> Seda Kara Kılıçarslan, “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2019/2, Y.4, sf. 366.

Robot kelimesinin tarih sahnesinde yer alması yapay zekâ kavramından daha öncesine dayanmaktadır. Kelimenin tarihçesi 1921 yılında Çek yazar Karel Capek'in yazdığı bir tiyatro oyununa<sup>25</sup> kadar uzanmaktadır. Robot aslında Türk Dil Kurumu Büyük Sözlükte "*Belirli bir işi yerine getirmek için manyetizma ile kendisine çeşitli işler yaptırılan otomatik araç*" olarak tanımlansa da her meslek grubuna göre farklı anlamlar içerebilmektedir.<sup>26</sup> Yapay zekâ, özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra hayatımıza girmesiyle birlikte, robot tanımının da üst kavramı haline gelmiştir.

Robotlar genelde bağımsız bir görünüme sahip olan cihazlar şeklinde karşımıza çıkarlar. Bağımsız görünüme sahip olmadan yalnızca yazılım olarak karşımıza çıkan teknolojiler ise bot olarak adlandırılır.<sup>27</sup> İlk ortaya çıktıklarında kendi başına hareket etme özelliği olmayan robotların, insanlığın, hayatını kolaylaştırabilmesi adına yapay zekâ kavramıyla birleştirmesi de son yıllara dayanmaktadır. Robot kavramına en güncel örnek olarak ise NASA'nın 2020 yılında Dünya'dan hareketini başlattığı ve Mars gezegenine yolladığı "Perseverance" aracı gösterilebilir. Bu araç NASA'da çalışan bilim insanlarının Mars gezegeninin yapısına göre yorumlanarak yaklaşık 3 metre uzunluğunda ve 2,7 metre genişliğinde yapılmıştır.<sup>28</sup> Yapay zekânın ve kapsadığı robot kavramının en güncel örneklerinden biri olan Perseverance, Dünya'dan kumanda edilse bile, yapay zekâ özelliği ile Mars yüzeyinde önemli olduğunu düşündüğü parçaları da komut olmaksızın toplamaktadır.

Yapay zekâların günümüzde dört farklı sınıflandırması mevcuttur.<sup>29</sup> Algılama yetenekleri bakımından ise üç farklı tür olarak da in-

<sup>25</sup> Wikipedia, R.U.R: <https://tr.wikipedia.org/wiki/R.U.R>. Erişim Tarihi: 02.04.2022, Ayrıca; bu tiyatro oyunu ilerleyen yıllarda New York'ta sahnelenmeye başlamış ve İngilizcedeki yerini de almıştır.

<sup>26</sup> Neil M. Richard, William D. Smart: How Should The Law Think About Robots? Çevrimiçi Erişim: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2263363](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263363) Erişim Tarihi: 02.04.2022.

<sup>27</sup> Çağlar Ersoy, "Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk", Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, sf.5.

<sup>28</sup> Mars 2020/ Perseverance [https://mars.nasa.gov/files/mars2020/Mars2020\\_Fact\\_Sheet.pdf](https://mars.nasa.gov/files/mars2020/Mars2020_Fact_Sheet.pdf) Erişim Tarihi: 06.04.2022.

<sup>29</sup> Arend Hintz, "Understanding The Four Types Of AI, From Reactive Robots to Self-Aware Being", The Conversation (Çevrimiçi erişim <https://theconversation.com/understanding-the-four-types-of-ai-from-reactive-robots-to-self-aware->

celenmektedir.<sup>30</sup> Üç çeşidi bulunduğu savunulan sınıflandırmaya göre yapay zekâ; dar yapay zekâ, genel yapay zekâ ve süper yapay zekâ olarak ayrılmaktadır. Dört ana başlıkta sınıflandırılan yapay zekâ türleri, yukarıda belirtilen türleri de kapsadığından dolayı, çalışmamızda yapay zekânın sınıflandırılması dört ana başlık altında yapılacaktır.

Bu türlerden ilki algılama kapasitesi zayıf yapay zekâlardır. Bu yapay zekâ türleri, yalnızca tek komut üzerine hareket edebilir ve yalnızca tek alanda komutları uygulayabilir.<sup>31</sup> Basit bilgisayar oyunları ve rakip olabilen satranç oyunları bunlara örnek gösterilebilir. Bu yapay zekâların, insanlarla iletişim ve etkileşim içine girme yeteneği bulunmamaktadır.<sup>32</sup>

İkinci tür yapay zekâlar ise hafızalarına kaydedilen verilerle hareket edebilen yapay zekâlardır. İlk türden farklı olarak, depolama alanları ne kadar komutla doldurulursa o kadar beceriye sahiptir. Bu bakımdan sınırlı bir hareket alanı mevcuttur ve sınırlı yapay zekâ olarak adlandırılırlar.<sup>33</sup> Örneğin sanal asistanlar bu tür yapay zekâlardır. Sisteme kaydedilen ve algılanan komutlara yönelik, sınırlı bir alanda karşılık verirler.

Üçüncü tür yapay zekâlar ise insanları anlayabilen, onlarla etkileşime geçebilen, insanların duygularını anlayabilen ve kendi duygularını aktarabilen yapay zekâlardır. Yapay zekânın bu çeşidi “zihin kuramı üzerine kurulu yapay zekâ” olarak adlandırılmaktadır.<sup>34</sup> Zihin kuramının etkisiyle yapılan bu tanımdaki yapay zekâlar, veri tabanlarına işlenen bilgiler ve kendilerine öğretilenleri kullanarak, veri tabanına yeni bilgileri, komut almaksızın işleyebilmektedir.

Dördüncü ve son yapay zekâ sınıflandırması ise kendinin farkında olan,<sup>35</sup> ikinci tür sınıflandırma bakımından ise süper yapay zekâdır. Bu yapay zekâ türü tıpkı bir insan gibi yeteneklere ve duyulara sahiptir.

---

beings-67616) Erişim Tarihi: 22.10.2022.

<sup>30</sup> Kara Kılıçarslan sf. 366.

<sup>31</sup> Başak Bak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Temmuz 2018, Y. 9, S. 35, sf. 213.

<sup>32</sup> Yılmaztekin, sf. 59.

<sup>33</sup> Yılmaztekin, sf. 59.

<sup>34</sup> Yılmaztekin, sf. 60.

<sup>35</sup> Yılmaztekin, sf. 60., Bak, sf. 214.

Algılama yetenekleri son derece güçlü ve etki-tepki mekanizmasına hâkimdirler. İnsanlar gibi duygularıyla hareket edebilir, mantıklı ilişkiler kurabilirler. Günümüzde henüz bulunmayan ve yalnızca bilim kurgu filmlerine konu olan bu yapay zekâ türünün gelecekte hayatımıza dahil olması muhtemeldir.

## B. YAPAY ZEKÂNIN ÖĞRENME YÖNTEMLERİ

Yapay zekâlar, yukarıda bahsedilen bağımlı veya otonom hareketleri sergileyebilmek için bazı öğrenme yöntemleri kullanmaktadır. İnsana bahsedilen bu hareketleri kullanırken<sup>36</sup> yararlanılan öğrenme türleri “makine öğrenmesi ve derin öğrenmedir”.

Makine öğrenimi kavramı 1959 yılında yapay zekâ alanında öncü olan Arthur Samuel tarafından keşif edilmiştir.<sup>37</sup> Bu kavram bilgisayar biliminin bir alt dalını ifade etmektedir.<sup>38</sup> Yapay zekâ kavramının temel anlamdaki tanımıyla karıştırılan makine öğrenmesi kavramı, aslında yapay zekânın bir dalı olarak kabul edilmektedir.<sup>39</sup>

İşlenen temel bilgilerin, görüntülerin, insan tarafından yapılan giridilerle aktarılması sonucu ortaya çıkan yapay zekâ hareketi makine öğrenmesi olarak adlandırılmaktadır. Makine öğreniminin temelinde tahmine dayalı analitik işlemler ve mevcut verileri analiz yatmaktadır. Bir sistem, programlama görevlerini yerine getirirken, dış müdahaleden bağımsız olarak, hareketlerini kendi keşfediyorsa makine öğrenimi yapıyor denebilir. Bu bakımdan, insan tarafından verilerin yetersiz kalması halinde dahi, makinenin daha önceki verilerle yeni bir bilgiyi, istemi ortaya koyabilmesi makine öğrenmesi yöntemiyle sağlanmaktadır.<sup>40</sup>

Derin öğrenme olarak adlandırılan öğrenme yönteminde ise yapay zekâlar, çok büyük veri tabanlarını, verileri birleştirerek yeni ve

<sup>36</sup> Kara Kılıçarslan, sf.367.

<sup>37</sup> Samuel Arthur “Some Studies In Machine Learning Using The Game Of Checkers”, *IBM Journal Of Research and Development*, 2019, S. 3, C. 3, sf 7.

<sup>38</sup> Harry Surden, *Machine Learning and Law* (Açık erişim: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2417415](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2417415)) Erişim Tarihi: 09.04.2022.

<sup>39</sup> Barış Gözübüyük, “Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlerle İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Kırıkka-le Hukuk Mecmuası*, C.1, S.1, 2021, sf. 59.

<sup>40</sup> Evan Zimmerman, “Machine Minds: Frontiers in Legal Personhood”, 2015, sf. 8.

birleştirilenlerden daha büyük veri tabanı oluşturmasıyla, mevcut bilgi üzerinden eklemeler yaparak kullanır. Bu öğrenme yöntemi için çok büyük çapta işletim sistemi ve depolama aygıtlarına ihtiyaç duyulur. Katman katman ilerleyen bu öğrenme sisteminde, birden fazla algoritma ile yapay zekâların eldeki verileri işleyerek yeni veriler elde etmesi sağlanır. Başka bir anlatımla, insan beynine benzeyen ve bu yapıdan örnek alınan derin öğrenme yönteminde, insanların deneyimlerine benzer olarak bir algoritma geliştirilmesi ve sonucu iyileştirmek adına her defasında farklı değişikliklerle ortaya daha iyi bir iş çıkarma fikri yatmaktadır.<sup>41</sup>

### C. YAPAY ZEKÂNIN ÜRETTİĞİ ÜRÜNLER ve BAĞIMSIZ HAREKET SORUNU

Öncelikle yapay zekâyı tam anlamıyla kavrayabilmek için yapay zekâ örneklerine, otonom hareketlerinin günümüz teknolojisindeki yerine ve yapay zekâların ürettiği ürünlere güncel örnekler vermek gerekir.

Yapay zekâ alanında dünyada çalışma yapan birçok şirket bulunmaktadır. Bu şirketlerden kamuoyunda en tanınmış olanlarından biri Hanson Robotics firmasıdır. Bu firma 2016 yılında etkinleştirdiği “Sophia” ile gündeme gelmiştir. Robot Sophia aslında makine öğrenmesi sistemiyle çalışmaktadır. Kendi bünyesinde bulunan veri tabanına insanların jest ve mimiklerini aktaran ve buna göre kendi jestlerini belirleyen bir sistem kullanmaktadır. Sophia altmış kadar yüz ifadesini aynen taklit edebilmektedir.<sup>42</sup>

Birleşmiş Milletler Tarafından İnovasyon Elçisi seçilen Sophia, dünyada birçok ülkeyi ziyaret etmiş ve davet üzerine birçok konferansa katılmıştır.<sup>43</sup> 2018 Yılında ülkemizi de ziyaret eden Sophia, “23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı’nı” kutlayıp, Mustafa Kemal Atatürk’ü de anmıştır.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Derin Öğrenme Nedir? <https://www.yapayzekatr.com/2019/12/16/derin-ogrenme-nedir/> (Erişim tarihi: 01.06.2022).

<sup>42</sup> Harrret T. <https://www.telegraph.co.uk/technology/2018/01/08/sophia-robot-takes-first-steps/> Erişim Tarihi: 09.04.2022.

<sup>43</sup> SOPHIA <https://www.hansonrobotics.com/sophia/> Erişim Tarihi: 11.04.2022.

<sup>44</sup> <https://tr.sputniknews.com/yasam/201804191033103122-humanoid-robot-sophia-ataturk-23-nisan-adil-dagitilirsa-dunya-hepimize-yeter/> Erişim Tarihi:



Ayrıca Sophia'nın diğer bir özelliği de dünya üzerinde vatandaşlığa sahip olan ilk robot olmasıdır. Suudi Arabistan'ın Riyad kentinde bir etkinliğe katılan Sophia'ya vatandaşlık verilmesi üzerine, "Dünya'nın ilk vatandaşlık hakkına sahip olan robot olmaktan gurur ve onur duyuyorum" şeklinde açıklama yapmıştır<sup>45</sup>. Önemle belirtmek gerekir ki, Sophia'ya verilen vatandaşlık resmi değil sadece semboliktir<sup>46</sup>.

Sophia veri tabanına işlenen bilgiler ve resimler ile ortaya yeni resimler çıkarabilmektedir. Hatta bu resimler açık arttırma yoluyla satılmaktadır.<sup>47</sup> Burada asıl sorun insandan bağımsız olarak yeni ürünler üretmesine rağmen, bilgilerin veri tabanına insanlar tarafından girilmesidir. Bu durum yapay zekâların otonom özelliklerinin ve konu özelinde, ortaya koyduğu ürünlerin hususiyetinin ve yaratıcılığının tartışılmasına neden olmaktadır. Ayrıca Sophia'nın sadece chatbot olduğu da söylenmektedir.<sup>48</sup>

Her ne kadar Sophia özelinde otonom özellikler sergilemesine rağmen ortaya koyduğu ürünlerde insan eli olduğu konuşulsa da Çin'de yapılan bir chatbot'un, yaratıcılarının herhangi bir komutu olmamasına rağmen Komünist Parti'yi eleştirmesi üzerine fişi çekilmiştir.<sup>49</sup> Bu örnek ile yapay zekâların insandan bağımsız hareket ettikleri de görülmektedir.

Yapay zekâlı robotlar kavramının en önemli örneklerinden birisi de Japon robot bilimcisi Hiroshi Ishiguro'nun ürettiği Robot Erica'dır. Alman haber kanalı DW'nin aktardığına göre Erica, çok büyük bir veri tabanının bağlı olduğu bir bilgisayar sayesinde, etrafında bulunan insanların yüzlerini, mimiklerini ve konumlarını, bağlı olduğu sisteme yüksek veri boyutlarıyla işleyerek insanları hissediyor. Topladığı bilgiler ışığında karşısındakine cevaplar verebilen Erica, aslında yapay zekâ robotların çok yavaş çalıştığının da bir göstergesi olarak kabul

11.04.2022.  
45 <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-41780346> Erişim Tarihi: 11.04.2022.

46 Ünsal, sf. 68.

47 TRT Haber <https://www.youtube.com/watch?v=ClQLUuUXYpU> Erişim Tarihi: 11.04.2022.

48 Ünsal, sf. 67.

49 Robotun Fişi Çekildi, <https://www.ntv.com.tr/galeri/teknoloji/komunistpartiyi-elistiren-robotun-fisi-cekildi,MRbq6B6iUUCRnQ3UP8eUag> Erişim Tarihi: 11.04.2022.

edilmektedir.<sup>50</sup> Ayrıca Erica, bir rap müzik şarkısı söyleyerek yeni fikri ürünler de ortaya koymuştur.

Yapay zekâ konusunda en önemli şirketlerin başında gelen Google ise geliştirdiği yeni teknoloji ürününe sadece dört nota tanımlayarak yepyeni bir bestenin ortaya çıkmasına şahit olmamızı sağlamıştır. Şirketin Magenta adını verdiği bu yapay zekâ, ayrıca ürettiği besteyi açık kaynak kodlu olarak yayınlamaktadır.<sup>51</sup>

Peki yapay zekâ ürünlerin ortaya koyduğu bu ürünler, hukuken nasıl korunacaktır? Özellikle otonomluğu, yarattığı ürünlerdeki yaratıcılığı tartışılan bu ürünlerin eser olarak kabul edilebilmesi, edilmesi halinde korunması nasıl olacaktır? Bu soruyu cevaplayabilmek için öncelikle Türk hukukunda bu konuyla ilgili yer alan düzenlemelere göz atacağız.

## II. TÜRK HUKUKUNDA FİKRİ HAKLARIN KORUNMASI

Fikri ürün, fikri haklar ve fikri mülkiyet hukuku kavramı, hukuk sistemlerinde ve özellikle hukukun babası kabul edilen Roma Hukuku dahil olmak üzere tarih sahnesinde kendini göstermez. Yaşadığımız son yüzyılda karşımıza çıkan fikri hak ve fikri ürün kavramı tarih sahnesinde bazı teorilerin konusu olarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Bu teorilerden biri olan “Doğal Haklar Teorisine” göre fikri hak; bir ürünü icat eden kişinin, o ürün üzerinde doğal bir hakka sahip olmasından kaynaklanır ve bu nedenle hukuk düzeni bu hakkı tanımak ve korumakla yükümlüdür.<sup>52</sup>

Yayınevi Mülkiyeti Teorisine göre de matbaa ve yayınevi sahiplerinin, kendilerini bastıkları eserlerde bir mülkiyet hakkı sahibi görmeye başlamasıyla fikri haklara sahip oldukları düşüncesinin yerleşmesidir.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=NVKKeKZsk8kE> Erişim tarihi: 09.04.2022.

<sup>51</sup> Russel Brandom: Google’s art machine just wrote its first song, The Verge <https://www.theverge.com/2016/6/1/11829678/google-magenta-melody-art-generative-artificial-intelligence> Erişim Tarihi: 09.04.2022.

<sup>52</sup> Yavuz Yayla, “Fikri Mülkiyet Hakları ve Mülkiyete İlişkin Teorik Yaklaşımlar” *Fiscaeconomia*, 2020, sf.287.

<sup>53</sup> Fırat Öztan, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku”, Turhan Kitapevi, Ankara 2008, sf. 28.

Bu teorilerden filozofların da hararetli tartışmalarına neden olmalarından biri de Kişilik/Şahsiyet Hakları Teorisidir. Bu teoriye göre bir eşyayı, ürünü, eseri ortaya koyan kişi ile bu nevilere arasında sıkı bir bağ olduğu kabul edilir. Özellikle Immanuel Kant'ın, kitaplarının hukuka aykırı olarak çoğaltılması bu teorisinin kapsamlı bir şekilde geliştirilmesinde önemli rol oynamıştır.<sup>54</sup> Kant'a göre bir kitabın maddi yönüyle, onun yazarının hitabını kapsayan içeriğini birbirinden ayırt etmek gerekir. Yazarının onayı olmadan eserleri çoğaltılıp yayımlanır-se, kendi rızası dışında halka arz edilmiş olunur.<sup>55</sup>

Teorilere konu olan fikri haklar en genel tabiriyle bilgi, emek, yaratıcılık gibi unsurlarla ortaya konan ürünler üzerinde sağlanan haklardır. Fikri ürünler ise, sahip olunan zekâ ve akıl ile ortaya konulan ve gayri maddi ürünler<sup>56</sup> veya fikri emek ve çalışma sonucu ortaya konan neticeler<sup>57</sup> olarak tanımlanmaktadır. Fikri ürün, onu meydana getiren tarafından düşünce aleminden dış dünyaya açıklandığı zaman hukukun ilgi alanına girmektedir.<sup>58</sup> Fikri ürünler, Türk Medeni Kanunu özelinde korunan bir ürün olmayıp, eserin sahibine aynı hak dışında soyut nitelikte haklar sağlayan ürünlerdir.<sup>59</sup>

Belli bir nitelik ortaya konarak üretilen ürünler ve bu ürünler üzerinde sağlanan hukuki koruma, Türk hukuk sistemimizde 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (Kanun veya FSEK) ile sağlanmaktadır. Kanun'un asıl amacı, yukarıda tanımlanan fikri ürünlerin ve bu ürünü meydana getiren eser sahiplerinin yaratıcı yönünün yani fikri haklarının korunması ve kapsamı yaratıcının eser üzerindeki mali ve manevi hakkının hukuk kalkanı altına alınmasıdır. Aslında bu kanun kapsamında korunacak eserler için gayri maddi tanımları yapılsa da bu tanımın dar anlamda yorumlanmaması gerekir. Keza bir ressamın tablosu üzerindeki mülkiyet hakkını koruma görevi eşya hukuku alanına girerken, o tablonun yaratılma ve fikir anlamında korunması fikir ve sanat eserleri hukukunun konusudur.

<sup>54</sup> Öztan, sf. 31.

<sup>55</sup> Savaş Bozbel "Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku", Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, sf.26.

<sup>56</sup> Ünal Tekinalp, "Fikri Mülkiyet Hukuku", Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, sf.5.

<sup>57</sup> Bozbel, sf. 1.

<sup>58</sup> Bozbel, sf. 2.

<sup>59</sup> Levent Yavuz/Türkay Alıcı/Fethi Merdivan, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu", Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, sf. 46.

Her eserin fikri ürün olarak kabul edildiği lakin her fikri ürünün eser olarak kabul edilmediği Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda,<sup>60</sup> bir ürünün eser olarak kabul edilebilmesi adına bazı kavramlar açıklanmış ve hukuki koruma için şartlar belirlenmiştir. Çalışmanın bu kısmında Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu özelinde bazı kavramlar incelenecektir.

### A. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU BAKIMINDAN ESER KAVRAMI

Eser kavramı fikri mülkiyet hukukunun temelini oluşturan kavramlardan bir tanesidir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu eseri: "*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*" olarak açıklamıştır.<sup>61</sup> Madde metninde eser kavramının çerçevesinin genel olarak belirlendiği, ürünün ise eser niteliğinde olup olmadığının takdirinin somut olayın özelliklerine göre yargı organlarının yorumuna bırakıldığı görülmektedir.<sup>62</sup> Türk Dil Kurumu Büyük Sözlüğünde ise; "*- Emek sonucu ortaya konan ürün, yapıt; -Yayın, kitap, yapıt; -İz, işaret, im, -Soyut kavramlarda belirti*" olarak tanımlanmıştır. Bir başka tanıma göre de *Ses, işaret, yazı, resim veya cisim olarak dış dünyaya açıklanan fikri ürünlerden hukuk düzenince korumaya değer görülenlere eser denilmektedir.*<sup>63</sup> Bütün bu açıklamalardan yola çıkarak herhangi bir ürünün eser olarak kabul edilmesinin bazı özelliklere sahip olması şartına bağlı olduğunu söylemek mümkündür.<sup>64</sup>

Bir ürünün hukuken korunan eser sayılabilmesi için bazı niteliklere ve şartlara sahip olması gerektiği açıktır. Öncelikle ilk olarak yapılan vurgu "hususiyet" kavramıdır. Hususiyet "özellik" anlamına gelmektedir.<sup>65</sup> Madde metninde bahsedilen hususiyet, eseri meydana getiren kişinin özelliklerini ve muhtevasını taşıması gerektiğini belirtmektedir.

Bir ürünün eser olarak nitelendirilebilmesi için sadece sahibinin hususiyetini taşıması yeterli değildir. Ayrıca kanunda belirtilen ürün

<sup>60</sup> Gözübüyük, sf. 62.

<sup>61</sup> 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Madde 1/B - a.

<sup>62</sup> Yavuz/Alıcı/Merdivan, sf. 46.

<sup>63</sup> Bozbel, sf.1.

<sup>64</sup> Kaynak Balta, sf. 218.

<sup>65</sup> <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 06.04.2022

gruplarına da dahil edilebiliyor olması gerekir ki bu ortaya konan bir “şeyin” eser olarak nitelendirilebilmesinin objektif şartıdır<sup>66</sup>. Bu ürün grupları ilim, edebiyat, musiki, güzel sanatlar ve sinema eserleridir. Hususiyet şartının ve ürünün muhtevasının kanunda yazan gruplardan olması şartı birlikte gerçekleşmelidir. Kısaca, hukukun koruduğu eser kavramından bahsedebilmek için, yaratılan şeyin sahibinin hususiyetini taşıması ve kanunun belirttiği mahsul gruplarına dahil olması gerekir.

## B. ESER KAVRAMININ UNSURLARI

Eser kavramının unsurları her ne kadar kanun maddesinde yalnızca hususiyet ve *numerus clausus* olarak sayılan mahsul gruplarından olmak şeklinde belirtilmişse de Yargıtay kararlarında<sup>67</sup> ve öğretilerde, kanunda belirtilen unsurlar farklı şekilde kategorize edilmiştir. Ayrıca Ernst Hirsch, her fikri ürünün Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korumaya değer olmadığını, bir ürünün eser olarak değerlendirilebilmesi için algılanabilir olması gerektiğini (objektif şart) ve sahibinin hususiyetini taşımasını (sübjektif şart)<sup>68</sup> belirtmiştir. Bütün bu görüşler ışığında bir eserden söz edebilmemiz için, eserin taşıması gerektiği unsurlar; Yaratıcısının hususiyetini taşımak, Kanun’da belirlenen eser grupları içerisinde yer almak ve dışarıya karşı algılanabilir olmaktır.

### 1. Yaratıcısının Hususiyetini Taşımak

Fikri mülkiyet hukuku özelinde hususiyet kavramı, ortaya konan bir ürünün hukuken korunan bir eser olabilmesi için en önemli tanımların başında gelir. Öğretilerde yer yer hususiyet kavramına karşılık olarak “orijinal” kavramının kullanıldığı da olmaktadır.<sup>69</sup> Esasında bu durumun temel sebeplerinden biri de uluslararası hukukta hususiyet kavramı yerine orijinallik kavramının kullanılmasıdır<sup>70</sup>. Hususiyet

<sup>66</sup> Yavuz/Alıcı/Merdivan, sf. 62.

<sup>67</sup> Yargıtay HGK, 2003/260 Esas ve 2003/271 Karar sayılı kararı.

<sup>68</sup> Ernst Hirsch, “Fikri ve Sinai Haklar”, Ar Basımevi, 1. Baskı, Ankara 1948, sf.300; Aktaran, Zorluel, “Mustafa: Yapay Zekâ ve Telif Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.142, 2019, sf. 315.

<sup>69</sup> Duygun Yarsuvat, “Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, İstanbul, 1984, s.51.

<sup>70</sup> Hasan Kadir Yılmaztekin, “Türk Fikri Haklar Hukuku Yapay Zekâ Tarafından

kavramının şekil ve içerik bakımından irdelenebileceği gerekçesiyle bu görüşe katılmayan hocalarımız da mevcuttur.<sup>71</sup>

Hususiyet kavramının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu bakımından bir tanımı bulunmamaktadır. Kanun'un "*sahibinin hususiyetini taşıyan*" ifadesi ile hususiyet, yaratılan "*şey*" üzerinde yaratıcısının özelliklerinin bulunması, başka bir deyişle sahibinin üslubu olarak nitelendirilebilir.<sup>72</sup> Bir fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için yaratıcısının özelliklerini taşıması gerekmektedir. Bu özellik, eserin yaratıcısı ile eser arasındaki bağın bir göstergesi olarak düşünülebilir.<sup>73</sup> Yaratıcı tarafından ortaya konulan eser, yine yaratıcısının ruhuna özgü olmalıdır.<sup>74</sup> Ayrıca hususiyet kavramından söz edebilmek için ürünün özgün olması gerekmektedir. Bir ürünün özgün olması, o ürün özelinde yaratılan "*şey*" kavramının yeni olduğu anlamına gelmez. Belirtildiği şekilde yaratıcısının özelliklerini taşıyan ve özgün olan eserler taklitlerden de korunmaktadır.<sup>75</sup>

Bir eserin hukuken koruma altına alındığı andan itibaren konusunu, o eserin fikri değil, maddi bir şekle büründüğü hali oluşturur.<sup>76</sup> Bu maddi ürün somut bir cismani varlık olmak durumunda değildir. Keza bilgisayar programları göz önüne alındığında, ortaya konulan fikrin maddi bir varlığa dönüştürüldüğü de açıktır. Bu bakımdan düşünceden ileri gidememiş fikirler bakımından hususiyet kavramından bahsedilmez.

Ek olarak yaratıcı kavramı öğretilde sadece insanlara özgü olarak görülmektedir.<sup>77</sup> Yaratıcı insanda fiil ehliyeti de aranmaz.<sup>78</sup> Bundan

---

Meydana Getirilen Eserleri Korumak İçin Hazır Mı?", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2, 2020, sf. 1538.

<sup>71</sup> "Hususiyet, bazen şekil, bazen içerikte, bazen de her ikisinde birden olabilir. Burada hususiyet, üslubu, eser sahibinin yaratıcılığını içerir. Bu anlamda üslup, yenilik, öncelik, estetik ya da benzersizlik gerektirmez; fakat sanatçının kişisel mührünü taşır, beğenilmese, hatta nefret edilse, o kişiye özgüdür." Ayrıca Bkz: Bozbel, sf. 36.

<sup>72</sup> Yavuz/Alıcı/Merdivan, sf. 63.

<sup>73</sup> Yılmaztekin, 1538.

<sup>74</sup> Öztan, sf. 92.

<sup>75</sup> Öztan, sf. 93.

<sup>76</sup> Yavuz/Alıcı/Merdivan, sf. 62.

<sup>77</sup> Bozbel, sf. 33.

<sup>78</sup> Bozbel, sf. 34, Ayrıca "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Bakımından Eser Sahipliği Kavramı" başlığında da bu konuya ilişkin detaylara yer verilmektedir.

dolayı örneğin bir bilgisayar tercümesinin eser olarak nitelendirilemeyeceği söylenmektedir.<sup>79</sup> Fakat bu düşünceler tahmin edilemeyecek şekilde ilerleyen teknolojik gelişmeler ve yapay zekâ ürünlerin ürettiği ürünler karşısında çağın gerisinde kalmıştır.

## 2. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Belirlenen Eser Grupları İçerisinde Yer Almak

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1. maddesinde eser kavramı açıklanırken, devam eden maddelerde hangi mahsul gruplarından olan ürünlerin hukuken eser sayılacağı *numerus clausus* olarak belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle kanunda işaret edilen gruplar dışında ayrı bir tür belirlenemez.<sup>80</sup> Sınırlı sayıda belirtilmiş olmasına rağmen ürün gruplarının içerikleri detaylı şekilde ele alınmış ve neredeyse boşluk bırakılmamıştır.<sup>81</sup> İlim ve edebiyat eserleri içerisine bilgisayar programları, yazılımları, fikir aşamasında kalmamak koşuluyla bunların hazırlık aşamaları da dahil edilmiştir.

## 3. Dışarıya Karşı Algılanabilir Olmak

Bir ürünün hukuken eser olarak kabul edilebilmesi için bir tip, yapı şeklinde olması gerekmektedir. Bu şeklin cismani bir varlık olması gerekmez. Yargıtay bu konuda, bir eserin sadece fikir aşamasında kalması halinde, eser niteliği kazanmayacağını belirtmektedir.<sup>82</sup> Bu bakımdan, herhangi bir ürünün sadece düşünülmesi, fikir aşamasında kalması, ortaya şekli anlamda bir içerik koyulamaması halinde eser kavramından söz edilemeyeceği gibi hukuki bir korumadan da bahsedilemez. Örneğin, bir sinema filmini eser olarak kabul edebilmek için, birbirini anlamlı takip eden ve algılanabilir görüntülerin birbiri ardına sıralanması gerektiği söylenebilir.<sup>83</sup> Fakat bu anlamdan şekli yapı-

<sup>79</sup> İnsanın sahip olduğu aklı ve zekâsı tanımıyla Ünal Tekinalp, "Fikri Mülkiyet Hukuku" sf.5, bkz; Öztan, sf. 82 "Sahibinin kelimesinden çıkarılacak ilk sonuç üzerinde duralım: Fikir ve sanat mahsulü bir insan tarafından yaratılacaktır. Herhangi bir makine veya cihazın kendiliğinden bir eser yaratması mümkün değildir".

<sup>80</sup> Bozbel, sf. 38.

<sup>81</sup> 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu fikir ve sanat eserlerinin çeşitlerini 2. madde ve 8. madde arasında belirtmiştir.

<sup>82</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 01.07.197 tarihli 1976/5913 Esas ve 1977/7617 Karar sayılı kararı

<sup>83</sup> Kaynak Balta, sf. 222.



ya kavuşmak için illa fiziki özellikler sergilemesi gerektiği anlamına gelmez. Mesela bir şairin kafasında oluşturduğu şiirin, geliştirilme aşaması hukuken korunabilir. Fakat aynı şekilde şairin, ben bir şiir yazacağım demesi halinde herhangi bir korumadan söz etmek mümkün değildir.

### C. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU BAKIMINDAN ESER SAHİPLİĞİ KAVRAMI

Eser sahibi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda eseri meydana getiren kişi olarak tanımlanmıştır. Eser sahibinin hakkı, eserin, kanunen şartlarını taşıyarak meydana gelmesiyle doğmaktadır.<sup>84</sup> Bu anlamdan yola çıkarak, ortaya çıkan eser üzerinde bir hakka sahip olabilmek için herhangi hukuki iş ve işleme gerek duyulmamaktadır.<sup>85</sup> Bu bakımdan bir ressamın çizdiği resim üzerindeki haklarını, eserini meydana getirdiği anda kazanmaktadır.

Öğretide yapılan tartışmaya göre eser sahibi yalnızca gerçek kişi olabilir, tüzel kişiler herhangi bir eserin yaratıcısı olamaz. Zira tüzel kişilerin, yaratıcı bir fikri çalışma içerisinde bulunacağından söz edilemez denmektedir.<sup>86</sup> Tüzel kişiler bir eser üzerinde yalnızca maddi hakları kullanma hakkına sahip olabilir, tüzel kişiler için herhangi bir manevi haktan söz edilemez. Her ne kadar Türk Hukukundaki bu düzenleme, Alman Hukuku ve İsviçre hukukuyla paralel olsa da Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere ve Japonya gibi ülkelerde tüzel kişilerin de eser sahibi olabilmesine imkân tanınmıştır.<sup>87</sup>

Kanunen eser sahibinin, eseri meydana getiren kişi olarak tanımlanması, yapay zekânın ürettiği ürünler konusunda hukuki kişiliği yani statüsü tartışmasını gündeme getirmektedir. Çalışmanın devam eden kısmında, yapay zekânın meydana getirdiği ürünlerin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu bakımından korunabilmesi için hukuki niteliği ve bu konudaki tartışmalar ele alınacaktır.

<sup>84</sup> Öztan, sf. 289.

<sup>85</sup> Öztan, sf. 236.

<sup>86</sup> Tekinalp, sf.144 vd; Kılıçoğlu s. 180; Aktaran; Zorluel, "Yapay Zekâ ve Telif Hakkı", sf. 321.

<sup>87</sup> Bozbel, sf. 77.

### III. YAPAY ZEKÂNIN ÜRÜNLERİNİN KORUNMASI ADINA KİŞİLİK VE HUKUKİ STATÜ SORUNU

#### A) GENEL OLARAK

Hukuken herhangi bir sorumluluktan bahsedebilmek, haklardan yararlanmak ve borçlara ehil olabilmek için kişilik vazgeçilmez bir unsurdur.<sup>88</sup> Bu bakımdan yapay zekâ teknolojilerinin, fikri mülkiyet hukuku anlamında eser sahibi olabilmesi ve bu eserlerinin bizzat hak süjesi olarak korunabilmesi için de öncelikle hukuken bir kişiliğinin bulunması gerekir. Otonom hareketler sergileyebilen, verilen komutlarla birlikte yeni bir komut yaratan, kendi aralarında konuşurken bile yeni bir dil meydana getiren yapay zekâ teknolojilerin hukuken kişi sayılıp sayılmaması, hak ve fiil ehliyetlerinin sınıflandırılması, haklarının ve sorumluluk alanlarının belirlenmesi meselesi ileride çözülmesi gereken en önemli problemlerin arasında görülmektedir.<sup>89</sup>

Pozitif hukuk sistemimize göre kişi, hak sahibi varlık anlamına gelmektedir.<sup>90</sup> Hukuk, hakları belirlerken, hak sahibi olacak varlıkları da belirlemek zorundadır. Bu kapsamda bütün çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi, pozitif Türk Hukukunda da kişiler; gerçek ve tüzel kişiler olarak ikiye ayrılmaktadır. Yine bu kişilerin, hangi durumlarda kişi sayılacakları ve haklara ehil olacakları Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre insanlarda kişilik sağ ve tam doğmak koşuluyla başlar.<sup>91</sup> İnsanlar, sağ ve tam doğmak koşuluyla hak ehliyetini ana rahmine düştüğü anda kazanır.<sup>92</sup> Tüzel kişiler bakımından ise kişilik, kanunen öngörülen kuruluş işlemleri tamamlandığı anda kazanılır.

<sup>88</sup> Sinan Sami Akkurt, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Sorumluluğu", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.13, 2019, sf. 44.

<sup>89</sup> Özgür Taşdemir, Ümit Vefa Özbay, Burhanettin Onur Kireçtepe, "Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.69, S.2, 2020, sf. 803.

<sup>90</sup> Kemal Oğuzman /Özer Seliçi /Saibe Oktay, "Kişiler Hukuku", Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, B.15, sf.2.

<sup>91</sup> "Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder". 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 28.

<sup>92</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un 8. maddesi uyarınca, her insanın hak ehliyeti vardır.

Türk Medeni Kanun anlamında gerçek ve tüzel kişiler dışında herhangi bir kişilik modeli öngörülmemiştir. Görüldüğü gibi hukuk sistemimiz, insanlar dışında varlıklara da kişilik atfetmiş<sup>93</sup>, öngördüğü bu kişilik türlerinde zekâ gibi bilişsel bir yetenek aramamış ve kişilik haklarının sınırlarını çizmiştir.

Gerçek kişiler, herhangi bir şarta ve sınırlamaya bağlı olmaksızın, yalnızca insan olmalarından dolayı hak ehliyetine sahiptir.<sup>94</sup> Bu bakımdan insanların da hak sahibi olabilme koşulları arasında, zekâ<sup>95</sup> ve bu zekâyâ bağlı olarak hareket edebilme yeteneği de aranmamaktadır.

Kanunumuzda yer alan bu düzenlemeler ışığında yapay zekâ teknolojilerinin herhangi bir kişiliği olmadığı açıktır. Yapay zekâlara hukuki anlamda bir kişilik tanınması için bu durumun detaylı şekilde tartışılması gerekmektedir. Öğretide özellikle bu konuda çalışma yapan yazarlardan bazıları öneri olarak, öncelikle konunun anayasal olarak ele alınması gerektiğini, yapay zekâlı varlıklara hukuki statü tanınmasının ardından temel hak ve hürriyetlerinin açıkça düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna ek olarak da kişiler hukuku özelinde kanunda en azından “Yapay Zekâlı Varlıklar” benzeri bir babın düzenlenip, yapay zekâ teknolojilerinin kişiliğine ilişkin hükümlerin, medeni kanun anlamında ele alınması gerektiğini belirtmektedir.<sup>96</sup> Keza yapay zekâ teknolojilerine yönelik hukuki statü belirlenmesi; sorumluluk, sorumluluğun kapsamı ve konumuz özelinde fikri mülkiyet hakkının korunmasını da doğrudan etkileyecektir.<sup>97</sup>

Durum bu olmakla beraber yapay zekâ teknolojilerinin hukuki statüsünün belirlenmesi adına bazı teoriler mevcuttur. Çalışmanın devam eden kısmında yapay zekâ teknolojilerine atfedilen teoriler ele alınacaktır.

<sup>93</sup> Kara Kılıçarslan, sf. 372.

<sup>94</sup> Her ne kadar şarta bağlı olmadığı ifade edilse bile, kanunların öngördüğü bazı durumlarda hak ehliyetinin kısıtlanması söz konusu olabilmektedir. TMK'nın 132. maddesinde düzenlenen ve kadının önceki evliliğinin bitmesinden itibaren 300 gün geçmedikçe evlenememesi bu duruma örnek gösterilebilir.

<sup>95</sup> Gizem Özkan Şahin, Çağatay Şahin “Yapay Zekâlı Varlıklara Elektronik Kişilik Modeli Tanınmasına İlişkin Eurobotics Raporu ve Fikri Mülkiyet Sorunu Bağlamında Meseleye Yaklaşım”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.13, S.1, 2022, sf. 116.

<sup>96</sup> Murat Volkan Dülger, “Yapay Zekâlı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?”, İstanbul 2021, sf.8-9 (Açık Erişim: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3792253](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3792253)).

<sup>97</sup> Pınar Bacaksız, Yağmur Sümer, “Robotlar, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku”, *Adalet Yayınevi*, Ankara 2021, sf.135.

## B) YAPAY ZEKÂ TEKNOLOJİLERİNİN HUKUK STATÜSÜNE YÖNELİK TEORİLER VE ELEKTRONİK KİŞİLİK MODELİ

Bir teknolojik ürünün sorumluluğunun sınırları, bundan birkaç sene önceye kadar fütürist bir yaklaşım olarak görülse de yukarıda da yer verildiği üzere yapay zekâ teknolojilerinin otonom hareketler sergilemesi, insan öldürmesi, chatbotların yaratıcılarından bağımsız şekilde hareket etmesi üzerine odak noktası haline gelmiştir. Ceza hukuku kurallarını ihlal eden, haksız fiil sorumluluğuna neden olan, kendi yarattığı eserlerle fikri mülkiyet hukukunu ilgilendiren bu varlıkların hukuki statüleri de tartışılmaya başlanmış ve bu konuda teoriler ortaya atılmıştır. Öğretide yapay zekânın hukuki statüsüne ilişkin teoriler; yapay zekânın hukuki statüsünün belirlenmesinin gerekmediğini savunan ve yapay zekânın hukuki bir statüsünün bulunması gerektiğini savunan teoriler olarak ikiye ayrılmaktadır.<sup>98</sup> Yapay zekânın hukuki statüsünün bulunmaması gerektiğini savunan görüşler arasında; eşya teorisi ve köle teorisi mevcutken, yapay zekâlı varlıkların hukuki bir statü çerçevesinde incelenmesi gerektiğini savunan görüşler de; tüzel kişilik görüşü ve elektronik kişilik görüşü olarak sınıflandırılmaktadır. Çalışmamızda, bütün bu görüşlerin esasında bir teori üzerinde konumlanmasından kaynaklı olarak ikili bir ayrıma gidilmeyecek ve teoriler bir bütün olarak aktarılacak, son olarak en somut önerilerden olan elektronik kişilik modeline değinilecektir.

### 1) Yapay Zekânın Eşya Olarak Öngörüldüğü Teori

Eşya kavramı, hukuken korunan aynı hakkın konusunu teşkil etmektedir.<sup>99</sup> Bu bakımdan eşya üzerinde korunan haktan bahsedilebilmesi için, korunacak şeyin hukuken tanınan eşya olması gerekmektedir. Hukukumuzda eşya kavramının dört unsuru bulunmaktadır. Bunlar; eşya sayılacak şeyin cismani bir varlık olması, belirli olması, hakka yönelik hâkimiyeti ve cismani varlığın kişilik dışı olmasıdır.<sup>100</sup>

<sup>98</sup> Bacaksız/Sümer, sf. 138.

<sup>99</sup> Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, "Eşya Hukuku", Filiz Kitabevi, B.23, İstanbul 2021, sf. 5.

<sup>100</sup> Numan Tekelioğlu, "Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: Nft'lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.30, S.3, 2022, sf. 1306.

Yapay zekâ teknolojilerinin hukuki statüsüne yönelik ortaya atılan teorilerden ilkinde yapay zekânın eşya olduğu görüşü hâkimdir.<sup>101</sup> Bu görüşün temelinde yapay zekâlı varlıkların, eşya kavramının unsurlarına uygun olması yatmaktadır. Yapay zekânın eşya olarak görüldüğü bu teoride, yapay zekâ teknolojileri klasik bir eşya gibi hukuki statüye sahip olmakta ve kişilerin mülkiyetinde bu şekilde yer almaktadır. Bu görüş, yapay zekânın artık sıradan bir eşya, alet gibi görülmesinin günümüz teknolojisine uygun olmayacağı ve yapay zekâ teknolojilerin, kişilerin mülkiyetindeki basit bir eşya gibi görülmemesi gerektiğinden dolayı eleştirilmektedir.<sup>102</sup> Genel olarak yapay zekâlı varlıkların sorumlulukları açısından değerlendirilen bu teori, kanaatimizce yapay zekâ tarafından üretilen fikir ve sanat eserlerinin korunması adına da yetersiz kalmaktadır.

## 2) Yapay Zekânın Köle Olarak Öngörüldüğü Teori

İnsanlık tarihinin başlangıcıyla birlikte ortaya çıkan kölelik kavramı, özellikle eski Avrupa ekonomisinin ve sosyal hayatının vazgeçilmez bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>103</sup> Bir insan olmalarına rağmen kişi olarak kabul edilmeyen, kendi hür iradeleri olmayan ve mülkiyet hakkı gibi temel insan haklarının sahibi olmayan köleler, ticaret konusu dahi yapılmaktaydı. Roma hukukunda, eşya olarak görülen kölelerin mülkiyetleri efendilerine aitti ve efendileri lehine yaratıkları bütün hakların sahibi yine efendileriydi. Özellikle temel insan hakları kavramlarının dünya üzerinde ön plana çıkması ve bu duruma İngiltere'nin öncülük etmesiyle birlikte kölelik kültürü yavaş yavaş tarihten izini sildirmeye başladı.

Yapay zekânın basit bir eşya olarak görülmemesi gerektiğinin düşünülmesi üzerine ortaya atılan görüşlerden bir diğeri de yapay zekânın, kişilerin kölesi olarak kabul edilmesi teorisi. Bu teorisinin temelinde, kölenin efendisinin, onun üzerindeki mülkiyet hakkı ve kölenin, sahibi lehine ortaya koyduğu kazanımlar yatmaktadır.<sup>104</sup> Bir kölenin ortaya çıkardığı her şeyin, efendisinin mülkiyetinde olması bu

<sup>101</sup> Bak, sf. 217.

<sup>102</sup> Bak sf. 218.

<sup>103</sup> İsmail Parlatur, "Türk Sosyal Hayatında Kölelik", *Belleten Dergisi*, C.47, S.187, 1983, sf.807

<sup>104</sup> Özkan Şahin/Şahin sf. 118.

teorinin desteklenmesine sebep olmuştur. Bu teoriyi savunanlar, robotlarla en uygun eşleşmenin köleler olduğunu ifade etmektedir.<sup>105</sup> Yapay zekâ teknolojilerinin yanı sıra direkt olarak robot kavramı üzerinden açıklanan köle teorisinin savunucuları, robot kavramının yaratıcısı kabul edilen Çek yazar Karel Kapek'in ortaya attığı "Roboti" ifadesinin Çekçe'de zaten esaret, angarya anlamına geldiğini belirtmektedir.<sup>106</sup>

Köle teorisinin en önemli dayanaklarından biri de robotların haksız fiil sorumlulukları halinde, hukuken çözüme gidilmesinin daha kolay olması düşüncesidir. Yapay zekâlı varlıkların, kendilerine verilen komutlar dışına çıkarak insan öldürmesi örneğinde olduğu gibi sorumluluğun kime ait olacağı önemli bir hukuki tartışmadır. Bir yapay zekâlı varlığın köle olarak kabulü halinde hem hukuki iş ve işlemleri yapabileceği hem de haksız fiil söz konusu olduğunda Roma hukukunda olduğu gibi kölenin sahibinin sorumluluğuna gidilebileceği belirtilmektedir.<sup>107</sup> Bu bakımdan, günümüzdeki yapay zekâ teknolojilerinin, haksız fiil sorumluluğuna neden olması halinde, borçlar hukuku anlamında kusursuz sorumluluk türlerinin de uygulanabilmesi muhtemeldir.

Köle teorisi; çağdaş hukuk sistemlerinde köleliğin kaldırılmış olması, böyle bir statünün kabulü halinde kendi iradesiyle hareket edebilen varlıklara öngörülen bu statünün ahlaken ve hukuken uygun olmaması nedeniyle eleştirilmektedir.<sup>108</sup> Gerçekten de insan hakları bakımından tarihsel süreçte önemli tartışmalara neden olan ve günümüzde kabulü mümkün olmayacak bir statünün, teknolojik gelişmeler ışığında ortaya çıkarılan yapay zekâ teknolojileri üzerinde kabul edilmesi uygun olmayacaktır.

### 3) Tüzel Kişilik Teorisi

Hukuken statüleri tanınan tüzel kişiler, ekonomik ihtiyaçlar sebebiyle ortaya çıkan bir kişilik türüdür.<sup>109</sup> Gerçek kişilerden farklı olarak özel düzenlemelere ihtiyaç duymakla birlikte yönetiminde yine insan

<sup>105</sup> Taşdemir/Özbay/Kireçtepe, sf. 804.

<sup>106</sup> Taşdemir/Özbay/Kireçtepe, sf. 808.

<sup>107</sup> Taşdemir/Özbay/Kireçtepe, sf. 812.

<sup>108</sup> Bak, sf. 219; Özkan Şahin, Şahin sf. 119.

<sup>109</sup> Devrim Aydın, "Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y.5, S.10, 2017, sf. 98.

rol almaktadır. Yapay zekânın, tüzel kişilik teorisine göre, bir kişiliğinin olması gerektiği fakat bunun tüzel kişi niteliğinde olması gerektiği savunulmaktadır<sup>110</sup>. Tüzel kişilerin de insanlar tarafından yönetildiği düşünüldüğünde, bu teori uyarınca yapay zekânın yalnızca niteliğinin hukuken belirlenmesi ve yönetsel işlerinin organlara bırakılması gerekmektedir. Sorumluluk anlamında ise derneklerde veya şirketlerde olduğu gibi sorumluluğun, tüzel kişiliğin türlerine göre, yönetsel organlarında yer alan gerçek kişilerin üzerinde olması gerekir.

#### 4) Yapay Zekâya Elektronik Kişilik Modeli

Yapay zekâ teknolojilerinin hukuki statüsüne ilişkin en son geliştirilen modellerden biri de yapay zekânın elektronik kişiliği modelidir. Bu model esasında, tüzel kişilerin hukuki statülerine benzer bir statünün, yapay zekâ teknolojileri için de yaratılması gerektiğini savunmaktadır.<sup>111</sup> Gerçekten de özellikle yapay zekâ teknolojilerinin eşya ve köle olarak kabul edilmesi teorilerinin karşısında, bu teknolojiler için ek bir düzenleme yapılması daha uygun olacaktır. Avrupa Parlamentosu, 27 Ocak 2017 tarihinde yapay zekâ teknolojilerinin medeni hukuk kuralları çerçevesinde ve hukuken belirliliğinin ön plana çıkarılması adına tavsiye kararı niteliğinde “Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu Robotik Tavsiye Raporu” yayımlamıştır.<sup>112</sup> Raporun giriş kısmında, yapay zekâlı varlıkların kullanım alanlarının artış miktarlarına<sup>113</sup> ve robotik alanındaki patent başvurularının son on yılda üç katına çıktığından bahsedilmiştir. Bununla beraber, yapay zekâ teknolojilerinin uzun vadede akıllı ve otonom makineler olarak daha fazla tezahür edeceği, bağımsız olarak kendi kendini eğitebilme ve karar verebilme yeteneklerinin ön plana çıkacağı hususlarına dikkat çekilmiştir.

Avrupa Parlamentosu yayımladığı raporda, belirsizliğin ortadan kaldırılması ve yapay zekâ teknolojilerinin gelişmesi, hukuken sorum-

<sup>110</sup> AKKURT, sf. 45.

<sup>111</sup> Özkan Şahin/Şahin sf. 119.

<sup>112</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html) (Erişim Tarihi: 30.10.2022).

<sup>113</sup> 2010 ile 2014 yılları arasında yıllık ortalama artış %17 iken sadece 2014 yılında %29 arttığından söz edilmiştir.



lu tutulabilmesi adına elektronik kişilik modelini tavsiye etmiştir.<sup>114</sup> Bu düzenlemenin yapılmasıyla birlikte yapay zekâ teknolojilerin de hukukun bir kişiliğinin olacağı ve bu bakımdan otonom hareketler sonucu ortaya çıkabilecek uyumsuzlukların daha somut bir biçimde çözülebileceği savunulmaktadır. Ek olarak elektronik kişilik modelinin kabul edilmesi halinde, en zeki yapay zekâ türünün de ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir.<sup>115</sup>

Yapay zekâ teknolojilerine tanınması olası bu kişilik türü, hukuk sisteminde kişiler hukuku bağlamında yeni bir devrin açılması anlamına gelecektir. Gerçekten de özellikle yapay zekâda eşya ve köle teorilerinin yanında, bütün sınırları hukuk düzeni tarafından belirlenecek bir yapay zekâ kişilik türünün düzenlenmesi –özellikle teknolojinin bu hızı göz önüne alındığında- bu alanda yapılacak en büyük hukuki devrimlerden biri anlamına gelecektir.<sup>116</sup>

#### IV. YAPAY ZEKÂNIN ÜRETTİĞİ FİKİR VE SANAT ESERLERİNİN KORUNMASI

Ortaya konulan herhangi bir ürünün eser kabul edilebilmesinin şartlarını yukarıda açıklamıştık. Buna göre Türk pozitif hukukunda sahibinin hususiyetini taşıyan, algılanabilen ve kanunda belirtilen mahsul gruplarından olan ürün eser niteliğindedir. Eser sahibi de bu ürünü meydana getiren gerçek kişidir. Tüzel kişiler ise pozitif hukuk kapsamında eserin yaratıcısı olamaz, yalnızca haklarından faydalanabilir.

Fikri ürünlerin yani eserlerin muhakkak zihinsel, duygusal ya da estetik biçimde ifade edilmesi gerekmektedir.<sup>117</sup> Bu ifade biçimini yalnızca gerçek kişi olan insanın yapabileceği kabul edilmektedir ve bir kuş sesinin, maymun tarafından çizilen resmin, bir gök gürültüsünün eser olarak kabul edilmediği söylenebilir.<sup>118</sup> Hal böyleyken yapay zekâların ürettiği ürünlerde karşımıza çıkan sorun, temel olarak bir eseri yalnızca gerçek kişi olan insanın meydana getirilebilmesi ve buna

<sup>114</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html) (Erişim Tarihi: 30.10.2022).

<sup>115</sup> Bak, sf. 220.

<sup>116</sup> Benzer yönde görüş için bkz. Dülger

<sup>117</sup> Bozbel, sf. 33

<sup>118</sup> Bozbel, sf. 34.

bağlı olarak hususiyet ve yaratıcılık kavramı olmaktadır. Hususiyet, bireylere ait bir değerdir ve hususiyet sahibi olmanın şartları da kişilik, karakter ve bilinç sahibi olmaktadır.<sup>119</sup> Yukarıda açıkladığımız hukuki kişilik kavramına –şimdilik- uymayan yapay zekânın bu bakımdan ürettiği ürünlerin hukuken korunabilmesi mümkün değildir.

Yapay zekâların ürettiği ürünlerin, FSEK özelinde sayılan mahsul gruplarından olmasında ve dışa karşı algılanabilirlik özelliğinde herhangi bir tartışma yoktur. Örneğin bir yapay zekânın kendi meydana getirdiği “Beyond the Fence” isimli müzikal, seyirci önünde sahnelenmiştir.<sup>120</sup> Gerçekten de yukarıda da örneğini verdiğimiz diğer yapay zekâların da meydana getirdiği ürünler, eser kavramının tanımının bazı şartlarına uygundur.

Uluslararası hukuk sistemlerinin incelenmesi sonucunda da bu konuda böyle düşünen tek ülke olmadığımızı söyleyebiliriz. Örneğin ABD’de görülen “Fiest Publications v Rural Telephone Service Company INC. 499 U.S. 340” ve “Naruto v Slater, No. 16-15469 (9th Cir.2018) davalarında da sadece hukuki kişilerin eser sahibi olabileceği kabul edilmiştir. Fakat en azından kendi pozitif hukuk sistemimizde fiil ehliyetinin bile aranmadığı eser kavramının yaratıcılık ve hususiyet unsurunda, kendi halinde, yazılımcısı tarafından almadığı komutları bile gerçekleştiren yapay zekâların ürettiği ürünler bakımından bu düşünce, çağının çok gerisinde kalmıştır. Fakat teknolojinin böylesine bir momentumla ilerlediği çağımızda, söz konusu bu görüşlerin değişeceği kanısındayız. Öyle ki, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin gelişmelerin -bugüne kadar olduğu gibi- tekrar bir baskı sonucu meydana gelmesindenense, küresel çapta bir fikri mülkiyet hakları düzenlemesi yapılması gerektiği de savunulmaktadır.<sup>121</sup>

Yapay zekâ tarafından üretilen ürünlerin hukuken korunması bakımından öğretilerde de birçok tartışma mevcuttur. Bazı yazarlar, yapay zekâ tarafından ürünlerin hukuken korunamayacağını çünkü Türk hukukundaki tabiriyle, bu ürünlerin hususiyet şartını sağlama-

<sup>119</sup> Kaynak Balta, sf. 224.

<sup>120</sup> <https://www.theguardian.com/stage/2016/feb/28/beyond-the-fence-review-computer-created-musical-arts-theatre-london> Erişim Tarihi: 08.04.2022.

<sup>121</sup> Annemarie Bridy, “Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intellegent Author”, *Standfort Technology Law Review*, C.5, 2015, sf. 27.

dıklarını ifade etmektedirler.<sup>122</sup> Bu görüşte hususiyet kavramı insana özgülenmiş ve yapay zekâ tarafından üretilen ürünlerin insana özgü özellikler taşımadığından dolayı korunamayacağı belirtilmiştir.

Bu konuda ortaya atılan diğer bir görüşte, yapay zekâ tarafından üretilen ürünlerin fikir ve sanat eseri bakımından korunması gerektiğidir.<sup>123</sup> Bu görüşü savunan yazarlar, yapay zekâ tarafından üretilen ürünlerin eser sahibinin bizzat yapay zekânın kendisi olarak kabul edilmesinin, teknolojinin gelişmesine de vesile olacağını savunmaktadır.

Açıklanan bilgiler bakımından, mevcut düzenlemeler ile teknolojik gelişmelerin ile sıkı bir imtihan halinde olduğu açıktır.<sup>124</sup> Biz de otonom özellikler sergilemeyen, her ne kadar otonom gözüke bile insan girdisi sayesinde üretici olan yapay zekâların ortaya koyduğu ürünlerin eser kavramına uymadığı kanusundayız. Ancak, yaratıcısının kodlamasının ve veri girdisinin dışına çıkan ve ortaya yeni ürünler çıkaran yapay zekâların yaratacağı ürünlerin korunması gerekmektedir. Mevcut düzenlemelerde sorun, eserin maddi görünümü değil, yaratıcısı ve hususiyeti açısından meydana gelmektedir. En azından şu an için yapay zekânın fikri yaratıcısı ve yapımcısı konumunda olan kişilerin yapay zekâlı ürünlerin ürettiklerinin fikri hak sahibi olması kabul edilebilmelidir. Bu bakımdan, insanlar tarafından üretilen her ürün, hukuku şartları haiz olmadığı zaman nasıl ki korunmuyorsa, yapay zekâ tarafından üretilen ürünlerde, ancak kanuni şartların sağlanması durumunda korunmalıdır. Fakat bu korumadan faydalanabilmek için yapay zekâyı hukuki bir statünün tanınması, hukuki belirlilik açısından da önemlidir. Yapay zekânın teknolojinin en önemli paydaşı olduğu kabul edildiğinde, elektronik kişilik modeli gibi bir düzenleme ile bu statünün sağlanması faydalı olacaktır.

## V. SONUÇ

Akıllı telefonların hayal olarak görülüp, yapay zekânın bir gün insanlığı ele geçirebilecek niteliğe ulaşmış ve ulaşamayacağı tartışmaları

<sup>122</sup> Maria Iglesias/Sharon Shamuilla/Anderberg Sharon, "Intellectual Property and Artificial Intelligence", *A Literature Review, European Commission*, 2019, sf. 14.

<sup>123</sup> Ryan, sf. 1079.

<sup>124</sup> Mustafa Zorluel, "Yapay Zekâ ve Telif Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.142, 2019, sf. 329.

nerede yüz sene gibi kısa bir süre önce insanların tartişma konusu ydu. Son yirmi senede bile sadece matematik hesabı yapabilen, satranç oynayabilen yapay zek lardan, otonom özellikler gösteren, kendi ürünlerini üreten yeni teknolojik yazılımlar ve ürünler, hızını takip edemeyeceğimiz kadar s ratlı bir biçimde insanlığın hayatına giriş yapmıştır. Teknolojinin insanlık için getirdiği faydalar kadar, ucuz ve nitelikli işçi gücü nedeniyle zararları da gündeme gelmeye başlamıştır. Öyle ki, insanlara hiç ihtiyaç duyulmayacak şekilde yeni işletmeler bile günümüzde mevcuttur.

Hukuk sistemleri, toplumların ihtiyaçlarına göre sürekli değiştirilip güncellenmektedir. Hukukun, Roma Hukukundan beri temel kavramları her ne kadar revizeler doğrultusunda bizlere eşlik etse de bu düzenlemeler dışında yeni reformlar da gerekmektedir. Nitekim gelişen teknolojinin bırakın bundan yüzyıllar önce tahmin edilmesini, nerede yirmi sene önce bile tahmin edilmemesi gayet doğaldır.

Tarih sahnesinde bile üzerinde fikir birliği sağlanamayan, teorilerle açıklanmaya çalışılan fikri hak kavramı son elli yılda ancak insanlığın faydalanabileceği şekilde düzene oturtulabilmiştir. Teknolojinin hızı bu düzenlemeleri bile geride bırakmıştır.

Çalışmamızın ana konusu olan yapay zekâlı ürünlerin ürettiği fikir ve sanat eserlerinin korunması kavramını tartişabilmek için öncelikle gerekli kavramları ve ardından pozitif hukuk sistemimizde yer alan normal düzenlemelere yer verilmiştir. Özellikle bir fikri hakkın korunabilmesi için kanunda ve öğretide yer alan görüşleri ortak bir paydada buluşturulması gerekmektedir. Bütün bu açıklananlar ışığında bir ürünün eser olarak nitelendirilebilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması gerektiğini, kanunda yer alan ürün gruplarının içinde bulunması gerektiğini, bir algılanabilirlik etkisinin ve yaratıcılık unsurunun olması gerekmektedir. Her ne kadar yapay zekâların otonom özellikleri aslında düşündüğümüz etkilere sahip olmasa bile yaratıcısının yüklediğinden ve komutundan farklı şekilde hareket edebilen yapay zekâların üreteceği algılanabilir, hususi ve yaratıcı eserlerin söz konusu olabileceği görülmektedir.

Eser sahibi kavramından ise eseri meydana getiren kişi açıklaması ve özellikle öğretide ve mahkeme kararlarında, bir eserin yalnızca gerçek kişiler tarafından ortaya konulabileceği görüşü çalışmamızın

ana fikrinin gerçekleşebilmesi için kanuni düzenlemelere ihtiyaç olduğunu gözler önüne sermektedir. Bu bakımdan yapay zekâlı ürünlere, şu anki haliyle bir hukuki kişilik tanınmasının uzak bir ihtimal olduğu varsayımında bulunduğumuz zaman, en azından yapay zekâlı ürünlerin ortaya koyduğu yeni eserlerin, yapay zekâyı üreten, gerekli çalışmalarını ve düzenlemelerini yapan gerçek kişinin bu ürünün korunmasında mali ve manevi hak sahibi olması kısa vadede hak ihlallerini önleyebilir. Yapay zekâyı bir statü tanınacak olması halinde ise, bu statünün elektronik kişilik modelini kapsayacak şekilde düzenlenmesi ve mevzuatımızda sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Keza böyle bir düzenleme, teknolojik ürünlerin teşvikini sağlayacağı gibi, Anayasamızın bilim ve sanat eserlerine yönelik sağladığı hakların, fikir ve sanat eserleri üreticileri bakımından da tezahürü haline getirebilecektir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Bacaksız, Pınar/Sümer, Yağmur, Robotlar, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Bostrom Nick, Süper Zekâ: Yapay Zekâ Uygulamaları, Tehlikeler ve Stratejiler, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2020.
- Bozbel, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru/Bak, Başak/Reyhani Yüksel, Sera/Aslanova, Kemale, Yapay Zekâ, Futurist Hukuk, B.1, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018.
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, Yapay Zekâ, Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler, B.2, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2021.
- Ersoy Çağlar, Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, B.3, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- Nilson Nill, Yapay Zekâ/Geçmiş ve Geleceği, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2018.
- Oğuzman, Kemal /Seliçi, Özer/Oktay,Saibe, Kişiler Hukuku, B.20, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- Oğuzman, Kemal /Seliçi, Özer/Oktay,Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Öztan Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, B.1, Legal Kitabevi, Ankara, 2008.
- Russell Stuart, Artificial Intelligence: A Modern Approach, Pearson Education Limited, 2009.
- Say Cem, 50 Soruda Yapay Zekâ, B.1, Bilim ve Gelecek Kitaplığı, İstanbul, 2021.
- Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

- Yavuz, Levent/Alıcı, Türkyay/Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Yıldız Havva/Köse Yıldırım, Gelişen Teknoloji ile Yapay Zekânın Fikri Mülkiyet Haklarına Etkisi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Yılmaztekin Hasan Kadir, Yapay Zekânın Eser Sahipliği, B.1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

## Makaleler

- Abbot Ryan, "I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and The Future Of Patent Law", *Boston College Law Review*, V.57, sf.1079-1126, 2020.
- Akkurt Sinan Sami, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y.7, S.13, 2019.
- Altınok Arda, "Chatbot ve Yapay Zekâlı Asistanlara Hukuksal Yaklaşım", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.93, S.3, sf.259-265, 2019.
- Arend Hintz, "Understanding The Four Types Of AI, From Reactive Robots to Self-Aware Being", The Coservation (Çevrimiçi erişim <https://theconversation.com/understanding-the-four-types-of-ai-from-reactive-robots-to-self-aware-beings-67616>)
- Bak Başak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.9, S.35, sf. 211-232, 2018.
- Balta Kaynak Büşra, "Yapay Zekâ Ürünlerinin Hukuki Niteliği ve Fikri Eser Kavramı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 3, sf.205-228, 2020.
- Barış Gözübüyük, "Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlerle İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Kırkkale Hukuk Mecmuası*, C.1, S.1, sf.54-81, 2021.
- Bridy, Annemarie, "Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intellegent Author" *Standfort Technology Law Review*, C.5, 2015.
- Burçak Ünsal, "Yapay Zekâ, Robotlar, Hukuki Düzenlemeler", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.93, S.4, 2019.
- Chesterman, Simon "Artificial Intelligence And The Limits Of Legal Personality", *Nus Law Working Paper*, 2021.
- Cliffor Ralph, "Creativity Revisited", *IDEA: The IP Law Review*, Vol. 59, sf. 25-47, 2018.
- Colombo, Niccolo "Virtual Competetion: Human Liability Visa-Vis Artificial Intellience's Anticompetitive Behaviours" *Europen Competition & Reg. Law Review*, Vol. 2, sf. 11-23, 2018.
- Devrim Aydın, "Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y.5, S.10, sf. 98, 2017.
- Dülger Murat Volkan, "Yapay Zekâlı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?", 2021. (Çevrimiçi Erişim: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3792253](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3792253))

- Ercan Cannur, "Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.11, S.40, sf.19-51, 2019.
- Eren Selahattin, "Roma Hukukunda Köle Mülkiyetinin Sınırları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, C.23, S.3, sf.283-322, 2017.
- Frey Benedikt Carl, "The Future Of Employment: How Susceptible Are Jobs To Computerisation", *Oxford Martin School*, 2013.
- Gizem Özkan Şahin, Çağatay Şahin "Yapay Zekalı Varlıklara Elektronik Kişilik Modeli Tanınmasına İlişkin Eurobotics Raporu ve Fikri Mülkiyet Sorunu Bağlamında Meseleye Yaklaşım", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.13, sf. 110-128, 2022.
- Güler Koştı, "Sanayi 4.0 ve Teknoloji Bileşenleri", *Journal Of Business Innovation and Governance*, C.3, S.2, sf. 132, 2020.
- Harry Surden, "Machine Learning and Law", (Açık erişim: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2417415](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2417415) 09.04.2021)
- Kaplan Andreas/ Haenlien Michael, "Siri, Siri, in My Hand: Who's The Fairest in the Land? On the Interpretations, Illustrations, and Implications of Artificial Intelligence", *Business Horizons*, Vol. 62, 2019.
- Kılıçarslan Seda, "Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.4, S.2019/2, sf.363-389, 2019.
- Parlatır İsmail, "Türk Sosyal Hayatında Kölelik", *Belleken Dergisi*, C.47, S.187. sf. 805-829, 1983.
- Pratap Devarapalli, "Machine Learning to Machine Owning: Redefining the Copyright Ownership from the perspective of Australian, US, UK and EU Law" *European Intellectual Property Review*, C.40, S.11, sf. 722-728, 2018.
- Samuel Arthur "Some Studies In Machine Learning Using The Game Of Checkers", *IBM Journal Of Research and Development*, Vol.44, 200.
- Taşdemir Özgür/Özbay Ümit Vefa/Kireçtepe Onur Burhanettin, "Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.69, S.2, sf. 793-803, 2020.
- Tekelioğlu Numan, "Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: Nft'lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.30, S.3, sf. 1301-1329.
- Yayla Yavuz, "Fikri Mülkiyet Hakları ve Mülkiyete İlişkin Teorik Yaklaşımlar" *Fisca-economia*, C.4, S.2, sf.287-310, 2020.
- Yılmaztekin Hasan Kadir "Türk Fikri Haklar Hukuku Yapay Zekâ Tarafından Meydana Getirilen Eserleri Korumak İçin Hazır Mı?", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, sf. 1513-1586, 2020.
- Zimmerman Evan, "Machine Minds: Frontiers in Legal Personhood", 2015. (Çevrimiçi Erişim: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2563965](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2563965))
- Zorlu Mustafa, "Yapay Zekâ ve Telif Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 142, sf. 306-356, 2019.



### Elektronik Kaynaklar

- Bj Coopeland, <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence/> Erişim Tarihi: 28.03.2022
- Brandom Russel, "Google's art machine just wrote its first song" <https://www.theverge.com/2016/6/1/11829678/google-magenta-melody-art-generative-artificial-intelligence>
- Cognitive Movie Trailer, <https://www.ibm.com/blogs/think/2016/08/cognitive-movie-trailer/>
- Dünyanın ilk vatandaş robotu, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-41780346>
- Henn na Hotel, [https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/07/150717\\_japonya\\_otel/](https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/07/150717_japonya_otel/)
- Harriet T. <https://www.telegraph.co.uk/technology/2018/01/08/sophia-robot-takes-first-steps/>
- Mashable INC, <https://mashable.com/video/ibm-japan-robot-artist/>
- Perseverance [https://mars.nasa.gov/files/mars2020/Mars2020\\_Fact\\_Sheet.pdf/](https://mars.nasa.gov/files/mars2020/Mars2020_Fact_Sheet.pdf/)
- Robotun Fişi Çekildi, <https://www.ntv.com.tr/galeri/teknoloji/komunistpartiyi-elestiren-robotun-fisi-cekildi,MRbq6B6iUUCRnQ3UP8eUag>
- R.U.R, <https://en.wikipedia.org/wiki/R.U.R.>
- Robot Sophia Türkiye'de; <https://tr.sputniknews.com/yasam/201804191033103122-humanoid-robot-sofia-ataturk-23-nisan-adil-dagitilirsadunya-hepimize-yeter/SOPHIA>; <https://www.hansonrobotics.com/sophia/>
- Tractica, <https://omdia.tech.informa.com/topic-pages/artificial-intelligence/>
- TRT Haber <https://www.youtube.com/watch?v=ClqLUuUXYpU>
- Türk Dil Kurumu Büyük Sözlük, <http://www.sozluk.gov.tr>
- Yeteneği Teknolojiyle Ölümsüzleştirmek, <https://mediacat.com/yetenegi-teknolojiyle-olumsuzlestirmek/>

### Kanunlar

- 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu  
4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

**TBB MESLEK KURALLARININ “YARGI  
ORGANLARIYLA VE ADLİ MERCİLERLE  
İLİŞKİLER” BAŞLIKLİ İKİNCİ KISMININ  
DEĞERLENDİRİLMESİ VE BAZI  
MADDELERİNİN DEĞİŞİMİNE OLAN İHTİYAÇ**  
EVALUATION OF THE SECOND PART OF THE PROFESSIONAL  
RULES OF THE TURKISH BAR ASSOCIATION TITLED “RELATIONS  
WITH THE JUDICIAL BODIES AND JUDICIAL AUTHORITIES AND  
THE NEED TO CHANGE SOME OF ITS PROVISIONS

M. Serhat SARISÖZEN\*

**Özet:** Avukatların mesleklerini icra ederken dikkat etmesi gereken kurallar, Avukatlık Kanunu’nun yanı sıra meslek kurallarında da ele alınmıştır. Elli yılı aşkın bir zaman önce hazırlanan TBB Meslek Kuralları’nın değışmesi önemli bir ihtiyaçtır. Birçok kanun değışmesi ne ve meslek artık eskisi gibi icra edilmemesine ve özellikle Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’ni benimseyen ülkelerin de yer yer Anglo-Amerikan Hukukundan özellikler taşıyan kurumları hukuk sistemlerine entegre etmesiyle birlikte; yeni bir bakış açısıyla, bu kuralların gözden geçirilerek yeniden hazırlanması isabetli olacaktır. Çalışmamızda bir kısım kuralların birleştirilmesi, bir kısmının yürürlükten kaldırılması, bir kısmının ise yeniden düzenlenmesi önerilerinde bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Meslek Kuralları, Avukat

**Abstract:** The rules that lawyers should pay attention to while practicing their profession are regulated in the Attorney Law as well as in the Lawyers’ Professional Rules. It is an important need to change the Professional Rules, which were prepared more than 50 years ago. With many law changes and the fact that the profession rules are no longer practiced as they were before, and especially the countries that have adopted the Continental European Legal System, have integrated institutions with features from Anglo-American Law into their legal systems; With a new perspective, it would be appropriate to revise and re-prepare these rules. In this article, suggestions are made to combine some rules, repeal and rewrite some others.

**Keywords:** Professional Rules, Lawyer

---

\* Doç. Dr., Ada Kent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, serhat.sarisozen@yeditepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5025-4821, Makalenin Gönderim Tarihi: 8.11.2022, Kabul Tarihi: 05.12.2022

## GİRİŞ

Avukatların meslek kurallarının bir kısmı Avukatlık Kanunu’nda gösterilmiş; bir kısım meslek kuralları ise Avukatlık Kanunu’nun 117. maddesinin 7 numaralı bendi uyarınca Türkiye Barolar Birliği’nin 8-9 Ocak 1971 tarihli Dördüncü Genel Kurul Toplantısı’nda kabul edilmiş ve TBB Bülteni’nin 26.1.1971 tarih ve 5 numaralı sayısında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Meslek kuralları, mesleğin düzen ve geleneklerini korumak yerleştirmek ve yasaların avukatlara yüklediği görevlerin onurlu bir şekilde yerine getirmesini sağlamak amacıyla oluşturulmuştur.<sup>1</sup>

Meslek Kuralları, “Genel Kurallar”, “Yargı Organlarıyla ve Adli Mercilerle İlişkiler”, “Meslektaşlar Arası Dayanışma ve İlişkiler”, “İş Sahipleriyle İlişkiler”, “Avukatların Barolarla ve TBB ile İlişkileri” ve “Yürürlük, Uygulama Alanı” olmak üzere 6 bölümden oluşmaktadır.

Elli maddeden oluşan Meslek Kuralları’nın, bu çalışmada “Yargı Organlarıyla ve Adli Mercilerle İlişkiler” başlıklı ikinci kısmı değerlendirme konusu yapılacaktır.

Bu kapsamda öncelikle hâkim ve savcılarla ilişkilerde karşılıklı saygı kuralı incelenecektir. İkinci başlıkta avukatların, avukatlık yapamayacağı hallere ilişkin kurallar; üçüncü başlıkta, mesleğe yarasız kıyafetle duruşmaya katılma; dördüncü başlıkta duruşmayı terk edememeye ilişkin kural; beşinci başlıkta davanın uzaması sonucuna varacak isteklerden kaçınma; altıncı başlıkta konuşma ve yazılarında özenli olma kuralı; yedinci başlıkta tanıkla iletişim kurulmasına ilişkin yasaklar; sekizinci başlıkta hakim ve savcı dışında diğer adli görevlilerle olan ilişkilerde özenli olma kuralı değerlendirilecektir. Çalışmamız genel bir değerlendirmenin yapılacağı sonuç bölümüyle tamamlanacaktır.

## I- HÂKİM VE SAVCILARLA İLİŞKİLERDE KARŞILIKLI SAYGI

TBB Meslek Kuralları’nın, “Yargı Organlarıyla ve Adli Mercilerle İlişkiler” başlıklı ikinci kısmında yer alan ilk kural m.17’de düzenlenmiştir. Bu kural uyarınca: “Hâkim ve savcılarla ilişkilerinde, avukat,

<sup>1</sup> Lamih Çelik, “Meslek Kurallarında Avukat - Mahkeme İlişkileri”, *TBB Dergisi*, S.74, Y.2008, s. 283.

hizmetin özelliklerinden gelen ölçülere uygun davranmak zorundadır. Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır”.

Bu hüküm Avrupa Birliği Meslek Kuralı m.4.3 ile paraleldir. İlgili kurala göre: “Bir avukat, mahkemeye karşı gerekli saygı ve nezaketi gösterirken, müvekkilinin çıkarlarını; kendi çıkarlarını ve kendisi veya üçüncü şahıslar bakımından ortaya çıkabilecek sonuçlarını düşünmezsiniz, onurlu ve korkusuz bir biçimde savunacaktır”.<sup>2</sup>

İlgili kurallar avukatın hâkim huzurunda saygı ve nezaketten ayrılmadan müvekkilinin çıkarlarını ne şekilde savunabileceğini anlatan kurallardır.<sup>3</sup> Meslek Kurallarınının 17. maddesindeki düzenleme kapsamında mahkemeye saygının, dışsal bir zorlamadan kaynaklanmadığı ifade edilmektedir.<sup>4</sup>

Avukatın, yargı mensuplarıyla ilişkisi gerek duruşma içinde gerekse dışında gerekli ölçütlere uygun olmak zorundadır. Bu ölçütün ne olacağına ilişkin kural duruşma disiplini içinde konuyu anlatan HMK m.79’da düzenlenmiştir. “Vekilin veya vekâlet verenin duruşmada uygun olmayan tutum ve davranışı” başlıklı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.79’un 1.fıkrası, vekilin duruşma sırasında uygun olmayan tutum ve davranışta bulunması durumunda, vekilin nasıl bir sonuçla karşılaşacağını düzenlemektedir. Buna göre: “Vekil, duruşma sırasında uygun olmayan tutum ve davranışta bulunursa, hâkim tarafından uyarılır; vekil uyarıya uymaz ve fiil disiplin suçu veya adli suç teşkil eder nitelikte görülürse, duruşma salonunda bulunan kişilerin kimlik bilgileri, adresleri de yazılarak olay tutanağa geçirilir ve duruşma ertelenir. Vekil hakkında gerekli yasal işlem yapılmak üzere mahkemece vekilin kayıtlı olduğu baroya ve gerekiyorsa Cumhuriyet başsavcılığına bildirimde bulunulur”.

HMK m.79, duruşma disiplinine ilişkin tarafa nazaran, avukata bir ayrıcalık tanımıştır. Hangi davranışların uygun olmayan tutum ve davranışlar olduğunun saptanması için gerek Avukatlık Kanunu ve

<sup>2</sup> Avrupa’da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler ve Avrupa’da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları: [https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata\\_ozel/meslek\\_kurallari/CCBE\\_avukatlik\\_meslek\\_kurallari.pdf](https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/CCBE_avukatlik_meslek_kurallari.pdf) (E.T. 24.10.2022).

<sup>3</sup> Bkz. Semih Güner, Avukatlık Hukuku, B.6, Ankara 2015, s. 550; Çelik, Avukat – Mahkeme İlişkileri, s. 284.

<sup>4</sup> Özcan Çine, Avukatlık Hukuku, Ankara 2014, s. 227.

Meslek Kuralları gerekse karşılaştırmalı hukuktaki avukatlık mevzuatlarını incelemek, gerekse benzer konularda verilmiş mahkeme kararlarını incelemek gerekmektedir.

Avukatın mahkemelerle olan ilişkisinde saygı ve nezaket kurallarına uygun hareket etmesi gerekir.<sup>5</sup> Avukat, mahkemeye ve yargılama faaliyetini yürüten hakime saygının hakimden kişiliğinden bağımsız, hukuka ve adalete saygı olduğunu bilerek hareket etmelidir.<sup>6</sup> Duruşmalar sadece hakim için değil, aynı zamanda avukatlar için de mesleki faaliyet alanının bir parçası olup; bu saygınlığın zedelenmesi, mahkemenin, yargılamanın, adaletin ve aynı zamanda avukatlık mesleğinin saygınlığının zedelenmesi anlamına gelir.<sup>7</sup>

Nitekim Avukatlık Kanunu m. 34 uyarınca avukat, avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranma yükümlülüğü altındadır. İnceleme konumuz dışında da TBB Meslek Kuralları’nda doğrudan ve dolaylı olarak avukatların, uyması gereken kurallara ilişkin başkaca düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin:

TBB Meslek Kuralları m.4 uyarınca, “Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır”. Alman Avukatlık Kanunu m.43’te de benzer yönde düzenleme bulunmaktadır. Alman Avukatlık Kanunu m. 43 uyarınca, “Avukat, mesleğini özen ve doğruluk içinde icra etmekle yükümlüdür. Avukat, mesleğinin sınırları içinde ve dışında avukatlık unvanının gerektirdiği saygı, güven ve onuruna yaraşır biçimde hareket etmekle yükümlüdür”.<sup>8</sup>

Doktrinde mahkeme, yargı gibi “kutsal” bir işin gerçekleştirildiği yer olarak tarif edilmekte olup; duruşmalara bizzat giren taraflar da vekiller de mahkeme önünde bunu bilerek hareket etmek durumundadır.<sup>9</sup> İş birliği ve nezaket kuralları ile hareket edildiği ölçüde yargılamanın amacına uygun ve sağlıklı yürütülebilecektir.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> Meral Sungurtekin Özkan, Avukatlık Mesleği, Avukatların Hak ve Yükümlülükleri, B.2, İzmir 2009, s. 446; Meral Sungurtekin Özkan, Avukatlık Hukuku, İzmir 2006, s. 279; Güner, s. 550-551; Çine, s. 223.

<sup>6</sup> Muhammet Özkes, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C.II, B.15, İstanbul 2017, s. 1354.

<sup>7</sup> Özkes, Pekcanitez Usul, s. 1353.

<sup>8</sup> Michael Kleine-Cosack (Çev. Şevdiye Köksal), Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) mit BORA und FAO Kommentar, München 2003, Evrensel Bakış İçin Avukatlık Yasaları I, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2004, s. 30; s. 30.

<sup>9</sup> Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.2, B.4, Ankara 2021, s. 2130.

<sup>10</sup> Özkes, Pekcanitez Usul, s. 1354.

Avukatın bağımsızlığı ile yargılamanın disiplin altında yürütülmesi konusundaki kurallar hakların çatışmasına neden olabilmekle birlikte, bu tarz durumlarda, asıl olanın duruşmaların disiplin içinde yapılması olduğu ifade edilmiştir.<sup>11</sup>

Yargılamanın, sevk ve idaresinde, bir düzen içinde yürütülüp sonuçlandırılmasında, hakimin egemen olmasını öngören medeni usul hukuku ilkesine “yargılamanın hakim tarafından yürütülmesi ilkesi” denir.<sup>12</sup> Duruşmanın, yönetim ve disiplin işleri hakime ait olup; duruşmanın bir düzen içinde yapılmasını sağlamak için kanun, hakime gerekli disiplin tedbirlerini alma yetkisini tanımıştır.<sup>13</sup> Nitekim “Yargılamanın sevk ve idaresi” başlıklı HMK m.32 uyarınca: “Yargılamayı hakim sevk ve idare eder; yargılama düzenininin bozulmaması için gerekli her türlü tedbiri alır”.

Ana hatlarıyla neyin uygun tutum ve davranış olmadığı dolayısıyla nelerin duruşma sırasında avukatlardan beklenebilecek uygun tutum ve davranışlar olduğuna kısaca bakmakta fayda vardır:

Yemin ettirilirken ve kararlar verilirken ayağa kalkılması yasal bir zorunluluktur. Delil olan yemin edilirken veya tanıklara yemin ettirilirken hâkim de dahil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar; yine hüküm tefhim edilirken duruşma salonunda bulunan herkes ayağa kalkarak hükmü dinler.<sup>14</sup> Yeminin manevi etkisini arttırmak ama-

<sup>11</sup> Güner, s. 150.

<sup>12</sup> Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, C.1, Ankara 2021, s. 402; Ayrıca bkz. Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, B.7, İstanbul 2000, s. 263-264; Yavuz Alan-goya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, B.8, İstanbul 2011, s. 184-185; İlhan Postacıoğlu / Sümer Altay, Medeni Usul Hukuku, B.7, İstanbul 2015, s. 176-177; Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, Medeni Usul Hukuku B.10, Ankara 2021, s. 344; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, B.4, Ankara 2021, s. 131; Ömer Ulukapı, Medeni Usul Hukuku, B.7, Konya 2014, s. 116; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, B.5, İstanbul 2021, s. 98; Abdurrahim Karşı, Medeni Muhakeme Hukuku, B.5, Ankara 2022, s. 262-263; Güray Erdönmez, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C.I, B.15, İstanbul 2017, s. 812 vd.

<sup>13</sup> Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B.25, Ankara 2014, s. 113; Baki Kuru/Burak Aydın, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C.I, B.2, Ankara 2021, s.114-115; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, B.7, Ankara 2021, s. 162; Kamil Yıldırım, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, B.6, İstanbul 2011, s. 48.

<sup>14</sup> Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1342; Ayrıca bkz. Lamih Çelik, TBB Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatlık Meslek Kuralları, B.3, Ankara 2016, s. 175.

cıyla herkesin ayağa kalktığı doktrinde ifade edilmiştir.<sup>15</sup> Bu kurallar yargılamanın saygınlığına yönelik kurallar olup, kişisel tercihlerle veya doğrudan kişilere saygıyla ilgili değildir.<sup>16</sup>

Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde ve ülkemizde avukatlar yemin ve hüküm tefhimi dışında da duruşma esnasında söz alırken ayağa kalkmakta olup; bu davranış hem avukatların kürsüye karşı saygılarının hem de kendi saygınlıklarının sembolü olarak görülmüştür.<sup>17</sup> Yeminin önemi ve yasal zorunluluk dikkate alındığında, ayağa kalkılmaması durumunda duruşma disiplinin ihlali sonucu doğar ve buna göre taraflar, vekilleri ya da duruşma salonunda bulunanlar bu konuda kendileri ile ilgili yaptırımlarla karşılaşır.<sup>18</sup> Buna karşın söz alırken vekilin ayağa kalkmaması duruşma sırasında yapılmaması gereken uygun olmayan tutum ve davranış olarak değerlendirilmez.

Duruşma sırasında uygun olmayan tutum ve davranışların vekil tarafından yapılması durumunda madde 79/I uyarınca, hâkim, vekili uyaracaktır. Uyarı, hangi davranışın uygun olmayan tutum ve davranış olduğunun tespiti, bunun tefhimi ve devamı halinde, tutanak tutulacağı ardından duruşmanın erteleneceği şeklinde olmalıdır. Uygun olmayan tutum ve davranışlar sebebiyle HMK m.79’da belirtilen “uyarı”nın; yine vekilin uygun olmayan tutum ve davranışları sebebiyle Avukatlık Kanunu uyarınca alacağı “uyarı” ile bir ilgisi yoktur. İlkindeki uyarının niteliği, yapılan tutum ve davranışa bir dikkat çekme iken; ikincisinde ise bir cezalandırma amacı söz konusudur. Uyarının tonunun duruşma disiplinine ve hakimlik mesleğinin ciddiyetine uygun olması gerekir. Hâkimin uygun olmayan tutum ve davranışı sergileyen vekille tartışmaya girmesi, üslubunu sertleştirmesi, bu defa hâkim açısından uygun olmayan bir davranış olacaktır. Vekil, duruşma sırasında uygun olmayan tutum ve davranışta bulunur ve hâkimin uyarısına rağmen, bu uyarıya uymazsa fiil her halükârda disiplin suçu teşkil edeceğinden duruşma salonunda bulunan kişilerin kimlik bilgileri, adresleri de yazılarak olay tutanağa geçirilir.

<sup>15</sup> Ejder Yılmaz, Yemin, B.3, Ankara 2021, s. 210.

<sup>16</sup> Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1342; Özekes’in de vurguladığı gibi “...ayağa kalkılması gereken durumda hâkimin taraflara jest yaparcasına kalkmasanız da olur şeklinde bir tavır takınması ya da salonda bulunanların kalkmaması yargılama kurallarına uygun değildir”.

<sup>17</sup> Çine, s. 227; Roma Hukuku döneminde Quintilian, hâkim söz verdiği zaman, avukatın yerinden yavaşça kalkmasının ve ayakta duruşunun mesleğin itibarı gereği olduğunu, bu esnada başı dik, ciddi ve kendinden emin olması gerektiğini belirtmiştir (Bkz. Çine, s. 227).

<sup>18</sup> Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1342.



Avukatlık Kanunu Yönetmeliği m.63/II uyarınca ise “Avukatlık Kanunu’na ve Meslek Kurallarına aykırı davranışlar, disiplin kovuşturmasını gerektirir”. Yönetmeliğin bu hükmü uyarınca, Avukatlık Kanunu ve Meslek Kurallarına aykırı tüm davranışlar, avukatın disiplin sorumluluğunu gerektirir.<sup>19</sup> Buna karşın avukatın, bu konudaki yükümlülüklerini ancak ağır şekilde ihlal etmesi durumunda disiplin soruşturmasının söz konusu olması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir.<sup>20</sup>

Duruşma sırasında hangi tutum ve davranışın avukatların yükledikleri görevlere ve bu görevin kutsallığına yakışır bir özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirilmiş sayılacağı; benzer şekilde hangi davranışların avukatlık unvanını gerektirdiği saygı ve güvene uygun davranış olarak değerlendirileceği ve bu tutum ve davranışların Meslek Kurallarına uygun olup olmadığı her somut olayda özel olarak değerlendirilecektir.

Vekilin uygun olmayan tutum ve davranışının aynı zamanda ceza hukuku anlamında da suç teşkil ettiğinin değerlendirilmesi üzerine, hâkim tarafından gerekli yasal işlem yapılmak üzere Cumhuriyet başsavcılığına da bildirimde bulunulur.

Benzer şekilde Alman Avukatlık Kanunu’nun, Genel mesleki yükümlülük başlıklı m. 43 hükmü uyarınca, “Avukat, mesleğini özen ve doğruluk içinde icra etmekle yükümlüdür. Avukat, mesleğinin sınırları içinde ve dışında avukatlık unvanının gerektirdiği saygı, güven ve onuruna yaraşır biçimde hareket etmekle yükümlüdür”.<sup>21</sup>

Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na baktığımızda ise ZPO 136 uyarınca yargılamanın yürütülmesi, mahkeme kararının hazırlanmasına ilişkin adli bir faaliyettir. Bu hüküm, yargılamaların yasal ve amaca uygun bir şekilde yürütülmesini sağlamayı amaçlamakta olup kural olarak bu, mahkemenin sorumluluğundadır.<sup>22</sup>

İsviçre İcra ve İflas Kanunu’nun “Usul Disiplini ve Kasıtlı Dava Açılması” başlıklı 128. maddesi uyarınca: “Mahkeme önündeki duruş-

<sup>19</sup> Atilla Özen, Avukatlık Hukuku, B.4, Ankara 2021, s. 693; Cumhur Rüzgaresen, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, Ankara 2022, s. 185 vd; Erhan Günay, Avukatlar Hakkında Suç ve Disiplin Hukuku, B.2, Ankara 2017, s. 164 vd.

<sup>20</sup> Sungurtekin Özkan Meral, Avukatlık Mesleği, s. 448.

<sup>21</sup> Kleine-Cosack, s. 30; Ayrıca bkz. Tuncay Yılmaz/Şerife Yazıcı/Mirel Amon Paltura, Yabancı Ülkelerin Avukatlık Kanunları 2.Kitap, Ankara 2013, s. 224 vd.

<sup>22</sup> Hans Joachim Musielak/Wolfgang Voit, Zivilprozessordnung: ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar 19, neubearbeitete Auflage. 2022, ZPO § 136 Rn. 1.

malarda adabı ihlal eden ya da işlerin gidişatını bozan kişiler kınama cezası ya da 1.000 franka kadar idari para cezası ile cezalandırılır. Mahkeme ayrıca duruşmadan çıkarılma kararı da verebilir. Mahkeme, kararlarını uygulamak için polisi çağırabilir...”. Maddede, avukatlar açısından herhangi bir istisna öngörülmemiştir. Federal Yüksek Mahkeme Kanunu’nun (BGG) 33.maddesi ve İdari Usul Kanunu’nun (VwVG) 60.maddesinde de benzer düzenlemeler bulunmaktadır.

İsviçre’de yargılamaların yürütülmesinin amacı, yargılamaların çözüm odaklı bir şekilde yürütülmesinin sağlanmasıdır. Hem taraflar hem de üçüncü kişiler, nezaket kurallarına uymak ve mahkemede işlerin düzenli bir şekilde yürütülmesi için ortak sorumluluk üstlenmektedirler. Mahkeme, bu yükümlülüklerin ihlalini, yargılamanın yürütülmesi yoluyla yaptırıma bağlayabilir (SchZPO 128/1 ve 2). Yargılama sırasında nezaket kurallarına bağlılık, yargılamaların çözüm odaklı bir şekilde yürütülmesinin merkezinde yer alır; çünkü SchZPO 128’de vurgulanan husus, karşı taraf ve avukatıyla, kişinin kendi avukatıyla ve yargılamada görev alan diğer kişilerle olan ilişkileriyle ilgilidir.<sup>23</sup>

İsviçre’de duruşma sırasında nezaket kurallarının ihlal edilmesi durumunda, genellikle ilgili tüm taraflarla nezaket kurallarına uyulması konusunda uyarıda bulunmaktadır. Örneğin taraflardan hiçbirinin diğerinin sözüne müdahale etmemesi gerektiği gibi nelere uyulacağı somut olarak hâkim tarafından ifade edilebilir.<sup>24</sup>

İsviçre’de avukatlar, mahkeme işlemlerinde, yargılamayı yürüten mahkemenin ve Avukatlık Kanunu (Art. 14 BGFA) uyarınca denetim makamlarının olmak üzere, ikili denetimine tabidirler. Adli ve idari makamlar, Art. 15 BGFA uyarınca avukatlık meslek kurallarını ihlal eden olayları bildirmekle yükümlüdür.<sup>25</sup>

Fransa’da da benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Paris Barosu İç Tüzüğü’nün “Avukatlık mesleğinin temel ilkeleri” başlıklı 1.3 maddesinde “Mesleğin temel ilkelerini oluşturan bütün değerler, avukatın her durumdaki davranışına yön verir ve tüm yasal kuralların veya mesleği düzenleyen bütün tüzük ve emirlerin yorumlanmasına hizmet

<sup>23</sup> Alexander Brunner/Dominik Gasser/Schwander Ivo, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Dike Verlag AG, AUFLAGE 2, 2016, ZPO 128, s.936-943, s.938

<sup>24</sup> Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar, s. 942.

<sup>25</sup> Brunner /Gasser/Schwander, Kommentar, s. 943-944.

eder. Avukatın mesleğini saygınlık, vicdan, bağımsızlık, doğruluk, insanlıkla icra etmesi ve bunu yaparken şeref, dürüstlük, çıkar gütmeme, meslektaşlık anlayışı, titizlik, ılımlılık, nezaket ilkelerine uyması gerekir".<sup>26</sup> Disiplin hükmünü düzenleyen Paris Barosu İç Tüzüğü'nün 1.4 maddesi uyarınca ise, "Bu ilkelerden, kural ve görevlerden yalnız birine bile uymaması avukat açısından disiplin suçu oluşturur"<sup>27</sup>.

## II- AVUKATIN GÖREV ALAMAYACAĞI HALLER

TBB Meslek Kuralları m.18, avukatın daha önce resmi bir sıfatla görev aldığı işten sonra görev alamayacağını içermektedir. Buna göre: "Avukat, daha önce hâkim, savcı, hakem ya da başka resmi bir sıfatla incelediği işte görev alamaz".

Maddede geçen "başka resmi bir sıfat" belirsizlik içermekte olup, burada "arabuluculuk" gibi, öngörülemeyen ilerideki başkaca görevler kastedilmektedir. Nitekim Avukatların daha önce hâkim, savcı, hakem olarak inceledikleri bir davada görev alamayacaklarına ilişkin Meslek Kuralı'yla paralel bir düzenleme Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda bulunmaktadır. Kanun'un 9. maddesi uyarınca "Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez".

HMK m.34'te hâkimin davaya bakmasının yasak olduğu haller düzenlenmiş olup, hâkim ile tarafların avukatı arasında yakınlık bulunması ise bir yasak hali olarak kabul edilmemiştir. Fakat bu yasak Avukatlık mevzuatında düzenlendiğinden bu durumda da çekilmesi gereken hâkim değil avukattır.<sup>28</sup> Nitekim Avukatlık Kanunu m.13 uyarınca: "*Bir hâkim veya Cumhuriyet Savcısının eşi, sebep veya nesep itibarıyla usul ve fiirundan veya ikinci dereceye kadar (bu derece dâhil) hısımlarından olan avukat, o hâkim veya Cumhuriyet Savcısının baktığı dava ve işlerde avukatlık edemez*".

<sup>26</sup> Figen Koç, Paris Barosu İç Tüzüğü-2000, Evrensel Bakış İçin Avukatlık Yasaları-1, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2004, s. 196; Ayrıca bkz. Mehmet Seyrek, Fransız Avukatlık Yasası, Evrensel Bakış İçin Avukatlık Yasaları-1, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2004, s. 141 vd;

<sup>27</sup> Koç, s. 196.

<sup>28</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 99; Akkan, Pekcanitez Usul, s. 377.

Avukatların, bu sıfatlarını kullanarak görev alamayacakları haller sadece Kanun’da sayılanlardan ibaret değildir. Nitekim Meslek Kuralları m.19, “Hâkim ve savcı ile hısımlık ya da evlilikten gelen engelleri gösteren, kanun hükmünde yazılı derece dışında kalan hısımlıklar ve başkaca yakınlıklarda, avukat, meslek onuruna en uygun biçimde takdirini kullanır” hükmünü içermekte olup, meslek onurunun zedelenme ihtimali varsa avukat başkaca yakınlık durumunda da işi reddedebilir. Burada avukata bir yükümlülük yüklenmemiş, değerlendirmeyi kendisinin yapması istenmiş, takdir hakkı verilmiştir.

Benzer amaca yönelik olan, “Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir”, düzenlemesini içeren Avukatlık Kanunu m.37 uyarınca, işi reddetmesi, avukat açısından aynı zamanda bir haktır.

### III- MESLEĞE YARAŞIR KIYAFETLE GÖREV YAPMA

TBB Meslek Kuralları m.20 uyarınca: “Avukatlar ve avukat stajyerleri, mesleğe yaraşır bir kılık ve kıyafetle mahkemelerde görev yaparlar. Duruşmalara, Türkiye Barolar Birliği’nce şekli saptanmış cübbe ile ve temiz bir kıyafetle çıkarlar. Erkek avukatlar, iklim ve mevsim koşullarının elverdiği ölçüde kravat takarlar”.

Meslek Kuralları kapsamında hukukumuzda avukatların duruşmalarda cübbe giymesi gerekir. Alman Avukatlık Meslek Kuralları Tüzüğü m.20 de benzer şekilde “Avukat, mahkeme önünde meslek kıyafeti olarak cübbe giyer”<sup>29</sup> hükmüne yer vermiştir.

Doktrinde duruşmalara mahkeme, taraflar ve vekillerin gerekli ciddiyeti göstermesi gerektiği vurgulanmış olup;<sup>30</sup> duruşmalara gerek hakimlerin gerekse avukatların duruşmanın ciddiyetine uygun kılık kıyafetle katılması gerekmektedir.

Sadece avukatların değil, avukat stajyerlerinin de mesleğe yaraşır bir kılık-kıyafetle mahkemeye gelmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>31</sup>

Avukat açısından uygun kıyafet cübbedir. Nitekim Avukatlık Kanunu’nun 7249 sayılı Kanun’la değiştirilen “Avukatların resmi kılık

<sup>29</sup> Kleine-Cosack, s. 120.

<sup>30</sup> Özokes, Pekcanitez Usul, s. 1341.

<sup>31</sup> Rüzgaresen, Avukatlık, s. 119.

ve kıyafeti” başlıklı 49.maddesine göre, “Avukatlar, mahkemelere Türkiye Barolar Birliği tarafından şekli belirlenen cübbeyle çıkmak zorundadır. Avukatlara, staj dönemi de dahil olmak üzere, baro ve Birliğin iş ve işlemleri ile mesleğin icrası kapsamında kılık ve kıyafetle ilgili herhangi bir zorunluluk getirilemez”. Vekilin cübbesini giymemesi ise uygun olmayan tutum ve davranış olarak değerlendirilebilir ve buna göre hâkim, öncelikle vekili uyarır sonrasında HMK m.79 bağlamında gerekli kararı alır.

Cübbenin giyilme yerinin duruşma salonu olmadığı ve dolayısıyla cübbenin giyilme zamanının da duruşmanın başlamasından önce olduğuna dikkat çekilmektedir. Nitekim cübbenin duruşma salonuna girmeden önce giyilmiş olması hem avukatlık mesleğine hem de yargılama makamına saygının bir göstergesidir.<sup>32</sup>

Cübbenin yırtık, sökük, renkleri solmuş ve eskimiş olmasının mesleğin onuruyla örtüşmediği ifade edilmektedir.<sup>33</sup> Benzer şekilde avukatlar, TBB’nin barolara gönderdiği örneklerle uygun şekilde cübbesini diktirmek zorunda olup; cübbelerin renk ve biçim tutarlılığı barolarca denetlenmeli ve bu ölçülere uygun olmayan cübbelerin giyilmesine izin verilmemelidir.<sup>34</sup>

Öte taraftan İstanbul Barosu İç Tüzüğü m.33 uyarınca, “Avukat, genel olarak giyinmekte de mesleğin vakar ve haysiyetine aykırı hallerden sakınmak zorundadır. Erkek avukatların kravatsız veya yakası açık ve kadın avukatların meslek ve kisve ile bağdaşmayan çanta, elbise ile adliye binalarında bulunmaları yasaktır” hükmünü görmekteyiz.<sup>35</sup> Resmi kılık olan cübbenin tek başına kılık ve kıyafeti belirlemediği, bunun yanında avukatlık meslek ve vakarına uygun başka öğelerin de bu kılık ve kıyafetin tamamlayıcısı olduğu ifade edilmektedir.<sup>36</sup>

Kanaatimizce TBB Meslek Kuralları m.20’nin son cümlesinin metinden çıkartılması isabetli olacaktır. Giyim kuralları bağlamında erkek-kadın arasında bir ayırım yapılması suretiyle, erkek adayların kravat takmasını zorunlu tutmak doğru değildir. Nitekim TBB Meslek Kuralları 20’de erkek avukatların kravat takacağı belirtilmiş olsa da

<sup>32</sup> Çine, s. 233.

<sup>33</sup> Rüzgaresen, Avukatlık, s. 120.

<sup>34</sup> Rüzgaresen, Avukatlık, s. 121.

<sup>35</sup> Geniş bilgi için bkz. Özen, s. 320 vd.

<sup>36</sup> Çine, s. 234-235.

Avukatlık Kanunu m.49/II’de avukatlara, staj dönemi de dahil olmak üzere, baro ve Barolar Birliği’nin iş ve işlemleri ile mesleğin icrası kapsamında cübbe haricinde kılık ve kıyafetle ilgili herhangi bir zorunluluk getirilemeyeceği belirtildiğinden, avukatın cübbe haricinde herhangi bir kıyafet giymeye zorlanması mümkün olamaz.<sup>37</sup>

#### IV- DURUŞMAYI TERK EDEMEME

TBB Meslek Kuralları m.21 uyarınca, “Avukat duruşmayı terk edemez. Ancak kişisel veya meslek onurunun zorunlu kıldığı hallerde duruşmalardan ayrılabilir. Bu durumda avukat derhal baroya bilgi verir”.

Kanaatimizce, TBB Meslek Kuralları 21’in yürürlükten kaldırılması isabetli olur. Zira avukat, “duruşmayı terk edemez” denildikten sonra kişisel veya mesleki onur gibi geniş ve ne olduğu tam olarak anlaşılmayan kavramlarla avukata sınırsız bir takdir yetkisi verilmesi belirsizlik yaratmakta ve maddeyi amaçsız kılmaktadır. Öte taraftan benzer bir düzenlemeyi Model Kurallar olarak esas alabileceğimiz Avrupa’da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü ve Avrupa’da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları’nda da görmemekteyiz.

#### V- DAVANIN UZAMASI SONUCUNA VARACAK İSTEKLERDEN KAÇINMA

TBB Meslek Kuralları m.22 uyarınca, “Avukat savunma için zorunlu olmadıkça davanın uzaması sonucuna varacak isteklerden kaçınır”.

Avukatlar, duruşmaları uzatmamakla ve gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayacak ölçülülükte açıklama yapmakla yükümlüdür.<sup>38</sup>

#### VI- KONUŞMA VE YAZILARINDA ÖZENLİ OLMA

TBB Meslek Kuralları m.23 uyarınca, “Hâkimin reddi, savcılarının ve başkaca adalet görevlilerinin reddi veya şikâyet edilmesi konusunda ve genellikle konuşmalarında ve yazılarında avukat, kanunun gerektirdiği gerekçeleri amacı aşmayacak biçimde<sup>39</sup> açıklar”.

<sup>37</sup> Rüzgaresen, Avukatlık, s. 120.

<sup>38</sup> Özkes, Pekcanitez Usul, s. 1353.

<sup>39</sup> Bu amacı aşan durumlara ilişkin Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu’nun örnek kararlarından:

Maddenin devamında yer alan “Ret veya şikâyet dileklerinin bir örneği de baroya verilir” cümlesi Danıştay tarafından iptal edilmiştir.<sup>40</sup>

Benzer şekilde TBB Meslek Kuralı m.5 uyarınca avukat, yazarken de konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır. Avukat, mahkeme karşısında doğru ve objektif bir ifade tarzı kullanılmalı ve gerekli olandan daha yüksek bir ses tonuyla konuşmalıdır.<sup>41</sup>

“...talebimiz Mahkemeye değil, duvara söylenmişçesine son karar verilmiştir. Adaleti hiçe sayan ön yargıdan öte kasıtlı bir karar ile karşı karşıya kaldım, verilen karar kitabına uydurulmaya çalışılmıştır. Yargıtay’a gönderilen temyiz dilekçesinde yer alan bu sözler Meslek Kuralları’nın 17. maddesine aykırı bulunmuş ve şikâyetli avukata kınama cezası verilmiştir.” (TBB Disiplin Kurulu Kararı: 15.03.1995 T. E. 1995/24 K.1995/36) (Çelik, Avukat – Mahkeme İlişkileri, s. 284).

“Şikâyetli Avukat ‘...bu zatlar hâkim değil sanki kral... bu yeni ilçede sanki adalet tatil edilmiş...kanun ve usul açıkça kabadayıca çiğneniyor.’ şeklinde hâkimi hedef alan beyanlarda bulunmuştur. Avukatın yargı organlarına karşılık esasına dayalı olarak saygılı olması zorunludur. Düşünce objektif olarak açıklanmalıdır. Dilekçenin konusu şikâyet bile olsa, Avukatlık Meslek Kuralları’nın 5 ve 17. maddelerinde öngörülen ilkelere uyum gösterilmesi zorunludur. Aleniyet unsuru taşımaması, huzurda veya kendisine hitaben yazılan mektupla açıklanmaması, bu zorunluluğu ortadan kaldırmaz”. (TBB Disiplin Kurulu Kararı: 14.06.2002 T. E.2002/65 K.2002/192) (Çelik, Avukat – Mahkeme İlişkileri, s. 284).

“İncelenen dosya kapsamından tanık Ş. K.’nın beyanının tespiti esnasında şikâyetlinin duruşma yargıcına, ‘tanığı yönlendirerek ifade alıyorsunuz, tanığı yönlendirmeyin, tanığın söylediklerini tutanağa yazın’ şeklinde müdahale ettiği, duruşma yargıcının ‘ben tanığa müdahale etmiyorum sadece soruyorum, bana görevimi öğretmeyin, susun’ demesi üzerine, şikâyetlinin ‘ben görevimi yapıyorum, tanığın söylediklerini zapta geçmediğiniz anlaşıldı, zaptı kafanızı göre yazdırmışsınız, böyle duruşma yapacaksanız davadan çekilin’ demesi üzerine duruşmanın ertelendiği, şikâyetlinin salondan çıkmasının istenmesi üzerine, ‘konuşma be, ben çıkmıyorum, gel de sen çıkar’ şeklinde beyanda bulunulduğu anlaşılmaktadır.” Avukatlık Meslek Kuralları’nın 17. maddesinde, “Hâkim ve Savcılarla ilişkilerinde avukat hizmetin gerektirdiği ölçülere uygun davranmak zorundadır. Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır” denmektedir. Hakimler, savcılar ve resmi makamlarla olan ilişkilerde avukat “meslek vakarı”nı saygının sınırı kabul edecek, mesleğin ağırbaşlılık ve bağımsızlığını sarsmaktan da öncelikle sakınacaktır. Şikâyetli söz ve davranışları ile bu etik kurallara uygun davranmamış, özellikle “konuşma be, ben çıkmıyorum, gel de sen çıkar” sözleriyle meslek vakarını korumamıştır”. (TBB Disiplin Kurulu Kararı: 19.04.2003T. E.2003/20 K.2003/124) (Çelik, Avukat – Mahkeme İlişkileri, s. 285).

“Şikâyetli avukatın, duruşma hakimine ‘siz kimsiniz’, ‘çok meraklı değilim canım, biz bu davaya girmiyoruz, böyle dava görülmez, işkenceci doktoru kollamaya yönelik hareket ediyorsunuz, yazın iyi gerekçe olur’ şeklindeki sözleri TBB meslek kurallarının 17. maddesine aykırı olmakla disiplin suçu oluşturmaktadır.” (TBB Disiplin Kurulu Kararı: 11.11.2004T. E.2004/267 K.2004/364) (Çelik, Avukat – Mahkeme İlişkileri, s. 285).

<sup>40</sup> İDDK 07.05.2014 T. 2011/1436 E. 2014/2028 K. Sayılı kararı ile bu kuralda hukuka uyarlılık bulunmadığı yönünde bozma kararı verilmiştir. D.8D. 15.10.2015 T 2015/3582-8680 sayılı kararı ile iptal kararı verilmiştir.

<sup>41</sup> Sungurtekin Özkan Meral, Avukatlık Mesleği, s. 447.



Yargılamayı yürüten hâkim olmakla birlikte, yargılamada önemli bir fonksiyonu yerine getiren avukatların da yargılamanın saygınlığını zedeleyecek söz ve davranışlardan kaçınması ve meslek ilkelerine uygun davranması gerekir.<sup>42</sup> Duruşmada söz alış ve davranış şekilleri, bir kısmı yazılı olan, bir kısmı ise yazılı olmayan yargılama geleneklerinin bir görünümüdür.<sup>43</sup>

Hâkim ve avukat görevlerini yaparken birbirlerine karşı itidal ve karşılıklı saygı içinde davranmak durumunda olup, avukatın fazla “şiddetli” davranmaması; itiraz ve eleştirisini kişisel saldırı boyutuna taşımaması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>44</sup>

## VII-TANIKLA İLGİLİ YASAKLARA UYMAK

TBB Meslek Kuralları m.24 uyarınca, “Avukat, ilerde tanık olarak dinlenecek kimselerden, istisnai olarak bazı hususları öğrenmek mecburiyetinde kalmış olursa, onları etkilemiş olma şüphesi altına düşmekten kaçınmalıdır. Avukat, tanıklara tavsiyelerde bulunamaz, ne şekilde tanıklık edecekleri veya hâkim önünde nasıl hareket edecekleri hakkında talimat veremez”.

Meslek Kuralları’nın 24. maddesi, tanığa ilişkin avukatın yapması gereken davranışların neler olacağını düzenlemiş olup; tanığın sorgusunda yapılmaması gerekenleri, HMK’da “Tanık” delilinin ele alındığı, Dördüncü Bölüm, m.262’deki “Yasak Davranışlar”la birlikte ele almak gerekir. Buna göre: “Tarafların, tanığın sözünü kesmeleri, söz veya hareketle onu övmeleri veya tahkir etmeleri yasaktır. Buna aykırı davranan taraf veya vekili, hâkimin uyarısına rağmen davranışını devam ettirecek olursa, 79 veya 151’inci maddeler uyarınca işlem yapılır”. Madde uyarınca:

- Tanığın sözü kesilemez
- Sözle veya hareketle tanık övülemez
- Tanık tahkir edilemez

Hukuk Muhakemeleri Kanunumuza 152.maddeyle giren “Soru

<sup>42</sup> Özkes, Pekcanitez Usul, s. 1353.

<sup>43</sup> Özkes, Pekcanitez Usul, s. 1341.

<sup>44</sup> Güner, s. 551.

yöneltme” kurumu<sup>45</sup> kapsamında avukat, tanığa doğrudan soru yöneltebilecektir. Tanığın beyanda bulunurken sorulan soruya cevap vermemesi, ilgisiz cevaplar vermesi, başka konuları anlatması durumunda sözünün kesilmesi, yasak davranışlar arasında değerlendirilmemelidir. Tanıktan beklenen, sorulan soruya cevap vermesidir. Tanık, sorulan soruya cevap veriyorken, diğer tarafın veya vekilinin, tanığın insicamını bozmak için tanığın sözünü kesmesi şüphesiz uygun olmayan tutum ve davranış olması sebebiyle hâkimin müdahalesini gerektirir.

Hukukumuzda avukatın hangi durumlarda tanığa müdahale edebileceği ve sınırlarının ne olacağı düzenlenmemiş olup, Anglo-Amerikan Hukuku kökenli bir kurum olan “soru yöneltme”de avukatın sınırlarının ne olabileceğine ilişkin gerek Federal Delil Kuralları gerekse ABD Barolar Birliği Model Kuralları’nda düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin ABD’de tanığın karakterine yönelik tanıklığa itiraz edilememesine karşın, bunun sınırları Federal Delil Kuralları m.608’de belirlenmiştir. ABD Hukukunda hâkim tarafından tanıklığın takdirinde esas alınan unsurlardan birisi de tanığın karakteri ve itibarıdır. Tanığın doğruluk ve güven konusunda toplumdaki ünü mahkemede ispatlanabilir.<sup>46</sup> Karakter tanıklığı, bir tanığın karakter özelliklerini ya da yalancılığını ortaya çıkarmaya yönelik olarak başka bir tanığın düşüncelerinden ve tanıklığından yararlanılarak yapılan tanıklıktır.<sup>47</sup> ABD Federal Delil Kuralları’nın 405. maddesi, karakter tanıklığına izin vermektedir.<sup>48</sup> Burada tanığın, toplumdaki iyi ya da kötü ünü, duruşmaya konu edilmektedir.<sup>49</sup> Bununla birlikte, tanığın güvenilirliğinin önemli ve hassas bir konu olduğu kabul edilerek, karakter özellikleri üzerin-

<sup>45</sup> Geniş bilgi için bkz. Serhat Sarisözen, *Medeni Usul Hukukunda Soru Yönelme ve Çapraz Sorgu*, Ankara 2016, s. 27 vd.

<sup>46</sup> Alexander Tanford, *Keeping Cross-Examination Under Control*, *Trial Adv.* 245, Indiana 1994, s. 286; Sarisözen, s. 167.

<sup>47</sup> Anthony Bocchino/David Sonenshein, *A Practical Guide to Federal Evidence: Objections, Responses, Rules, and Practice Commentary*, Eighth Edition, Lousiville 2006, s. 133; Gordon Cleary/John Tarantino, *Trial Evidence Foundations*, Costa Mesa 2012, s. 3-60.

<sup>48</sup> Bkz. Ronald Clark/George Dekle/William Bailey, *Cross-Examination Handbook, Persuasion, Strategies and Techniques*, New York 2011, s. 182.

<sup>49</sup> Clark/Dekle/Bailey, s. 182-185 Paul Mark Sandler/James Kenway Archibald, *Model Witness Examinations*, Illinois 2003, s. 267; Michael Martin/Daniel Capra/Faust Rossi, *New York Evidence Handbook: Rules, Theory, and Practice*, New York 2002, s.219.

de yapılacak sorgulama sıkı kurallara bağlamıştır; sorgulama, tanığın dürüstlüğüyle sınırlandırılmış, genel karakter özelliklerinin tartışılmasına ve bu yönde delil sunulmasına izin verilmemiştir.<sup>50</sup> Karakter özellikleri belirtilerek ve bazı sebepler gösterilerek tanığın güvenilir, dürüst bir kişi olmadığı ortaya konabilir; yani bir tanığın inanırlığını ve güvenilirliğini desteklemek ya da azaltmak için karakter ve itibara ilişkin karakter tanıklığı yaptırılabilir.<sup>51</sup> Taraf vekilleri karakter tanıklığına değil, söz gelimi karakter tanığının tanıklık yapılacak kişi hakkındaki bilgi eksikliğine itiraz edebilir.<sup>52</sup>

Türk medeni usul hukukunda ise yasal olarak bu konuya ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bununla birlikte hukukumuzda da tanığın karakter özellikleri ve sahip olduğu toplumsal itibarı hakkında tanık dinletilebilir; burada tanıklığın konusunu, o tanığın kötü itibarı oluşturur; yani diğer tanık, tanıklık eden kişinin toplum içinde yalancı olarak bilindiğine bu hususta kötü bir itibarı olduğuna tanıklık edebilir.<sup>53</sup>

Dolayısıyla tanığın, karakterine yönelik duruşma sırasında vekil tarafından sarf edilecek sözler, duruşma sırasında uygun olmayan tutum ve davranış olarak nitelendirilemez. İddia ve savunma hakkının bir uzantısı olarak görülmesi gerekir.

Tanıkla tartışmaya girilmesi, taciz edilmesi ya da utandırılması Federal Delil Kuralları 611/a uyarınca bir itiraz sebebidir. Yönlendirici soru sorulması, avukatın tanıkla tartışmaya girdiği anlamına gelmez. Burada tanığı suçlayıcı ifadelerden kaçınmak gerekir. Örneğin tanığa "siz bir dolandırıcısınız, değil mi?" sorusuna yapılan itirazı mahkeme kabul edecektir.<sup>54</sup>

Hukukumuz açısından ABD Hukukunda olduğu kadar tanığın sorgulanmasında geniş bir düzenleme olmadığından muhtemelen hakimler uygulamada avukatların, tanığı ABD yargılama hukukundakine benzer şekilde sorgulamasını, uygun olmayan tutum ve davranış

<sup>50</sup> Bkz. Mesut Ertanhan, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005s. 300; Bocchino/Sonenshein, s. 134; Cleary /Tarantino, s. 3-60.

<sup>51</sup> Ertanhan, s. 300; Cleary /Tarantino, s. 3-60.

<sup>52</sup> Bocchino/Sonenshein, s. 133.

<sup>53</sup> Ertanhan, s. 301.

<sup>54</sup> Bkz. Clark/Dekle/Bailey, s. 349-350.

olarak değerlendirecektir. Burada HMK m.262’de düzenlenen ve tanığın övülemeyeceği ve tahkir edilemeyeceğine ilişkin kuralın mutlak şekilde uygulanmasında bir tereddüt yoktur. Buna karşın vekillerin, uygun sorgulama teknikleriyle tanığın ilgisiz beyanda bulunması durumunda, onu sorulan soruya cevap vermeye teşvik etmeleri bağlamındaki girişimine ise dikkatle yaklaşılması ve her durumda vekile müdahale edilmemesi yerinde olacaktır.

Anglo-Amerikan Hukukunda avukatlar, kendi tanıklarını sorgu için hazırlar.<sup>55</sup> Sorgulamayı yapacak avukat tanığını sadece doğrudan sorgu için değil, doğrudan sorgudan sonra yapılacak çapraz sorgu için de hazırladıktan sonra mahkemede dinletmelidir.<sup>56</sup> Tanıkların hazırlanması, gerçek delil kuvvetinin ortaya çıkarılmasını sağlayabileceği gibi, mahkemenin zaman kaybının da önüne geçecektir.<sup>57</sup> Sonuç itibarıyla, doğrudan sorgunun başarıya ulaşması için; tanığın, özgürce ifade vermesine engel olmadan, onu kontrol etmek gerekir. Bu kontrole avukat iyi bir hazırlık süreci sonucunda ulaşacaktır.

Sungurtekin Özkan’a göre, tanıklarla mahkeme dışında temasa geçme yasağı tanığın avukatça etkilenmesini ve bu suretle gördüğü, algıladığı hususlarla ilgili objektif olmayan veya tamamıyla yanlış bir ifade vermeye teşvik edilmesini, kandırılmasını önlemeyi amaçlar.<sup>58</sup> Tanıklara sorular yönelmek hâkimin işidir ve bu iş usul kanunlarında öngörüldüğü gibi yapılır.<sup>59</sup> Yazara göre, bu yasağa aykırı hareket edildiği takdirde TCK’nin “bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişinin” cezalandırılacağı yönündeki 288.maddesi uygulanır.<sup>60</sup>

Bu başlıkta anlatılan Meslek Kuralları’ndaki hüküm değişmeden ya da tümüyle kaldırılmadan avukatların sorgulamaya hazırlanması müvekkiliyle görüşme, dosyadaki beyanları ve delilleri incelemesi şeklinde

<sup>55</sup> Nicholas Herman, North Carolina Civil Trial Practice, New York 2012, s. 82.

<sup>56</sup> John Nicholas Iannuzzi, Handbook of Cross Examination: The Mosaic Art, Third Edition, United States 2011, s. 135.

<sup>57</sup> Ertanhan, s. 221.

<sup>58</sup> Sungurtekin Özkan, Avukatlık Hukuku, s. 277; Ayrıca bkz. Ertanhan, s. 221.

<sup>59</sup> Ertanhan, s. 221.

<sup>60</sup> Sungurtekin Özkan, Avukatlık Hukuku, s. 277.

olabilecektir. Bu da sorgulama sisteminin ruhuyla ve sorgulama sistemiyle hedeflenen amaçlarla bağdaşmaz. Avukatın sadece karşı tarafın tanığıyla değil kendi bildirdiği tanıkla dahi görüşmemesi hâkimin kontrolünü en üst düzeyde tutan usul sistemlerinde geçerli olabilir. Usul sistemlerinin birbirine yakınlaştığı ve liberalleştiği bir ortamda bu Meslek Kuralları’ndaki hükmün savunulabilecek bir tarafı yoktur. Bir taraftan avukatın yaptığı işe kamu hizmeti, yargılamanın üç erkin-den biri deyip, sonrasında avukatın tanıklarla dahi görüşmesine imkân vermemek, bu yönde avukatlara güvenmemek rasyonel bir gerekçeyle açıklanamaz. Kaldı ki tanığın yargılamaya hazırlanmasını, onu yalancı tanıklığa hazırlamak gibi düşünemeyiz. Hayatında ilk defa tanıklık yapacak kişi, ilgisiz konularda tanıklık yapacağına avukat tarafından özellikle ilgisiz konulara girmemesi ve başkasından duyduğu hususları mahkemede anlatması yerine kendi duyu organlarıyla elde ettiği bilgileri aktarması yönünde tanık uyarılabilmeli, bu mümkün olmayacaksa tanık listesinden daha baştan çıkarılabilmelidir. Böylece ilgisiz kişiler duruşmada dinlenmek durumunda kalmayacak, hâkimin iş yükü hafifleyecek ve yargılama hızlanacaktır. Şu anki sistemimizde avukat tanıkla görüşemediğine göre avukatın kimi sorgulayacağına ilişkin bu teknik konuda avukat değil, müvekkil karar verici konumundadır. Oysa sorgulama teknik bir iş olduğundan karar verici avukat olmalıdır.

Sorgulamanın gereği gibi yapılabilmesi için avukatların son derece hazırlıklı olmaları gerekir. Meslek Kuralları’nın eski tarihli oluşu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 2011’de yürürlüğe girdiği dikkate alındığında Meslek Kuralları’nın da HMK’ya ve HMK’nun arzulanığı sorgulama sistemine uygun şekilde revize edilmesi gerekmektedir. Bu revizyondan sonra avukatlar daha hazır halde yargılamaya gelebilecek, bu bağlamda maddi gerçeğe daha kolay ulaşılacaktır. Bu bağlamda Meslek Kuralları’nın 24.maddesi tümüyle yürürlükten kaldırılmalıdır.

### **VIII-HÂKİM VE SAVCI DIŞINDA DİĞER ADLİ GÖREVLİLERLE OLAN İLİŞKİLERDE ÖZENLİ OLMAK**

TBB Meslek Kuralları m.25 uyarınca, “Avukat, mahkeme kalemlerinde, icra dairelerinde ve her türlü mercilerde çalışan görevlilerle olan ilişkilerinde de meslek onuruna ve ağırbaşlılığına uygun tutum ve davranışlarını korur”.

Daha önce hâkim-savcıyla olan ilişkileri düzenleyen Meslek Kuralları, bu defa m.25 ile mahkeme kalemlerinde, icra dairelerinde ve başkaca mercilerde bulunan diğer görevlilerle olan ilişkilerinde de avukatın meslek onuruna uygun davranması gerektiğine işaret etmiştir.

Bu madde kapsamında uygun bulunmayan tutum ve davranışlara ilişkin, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun kararlarına baktığımızda şu örneklere rastlıyoruz:

*“Mahkeme kalemlerinde yapılan hataların düzeltilmesi söz konusu olduğunda, avukatın meslek saygınlığına yaraşır bir olgunluk düzeyinde davranması, uyarılarını kabul edilebilir bir üslup içinde yapması ve başarılı olmadığı takdirde yasal yollara başvurması gerekir”.*<sup>61</sup>

*“Avukat sebebi ne olursa olsun kontrolünü kaybetmemek, unvanın gerektirdiği saygıya yaraşır şekilde hareket etmek, mahkeme ve icra dairelerinde çalışan görevlilerle olan ilişkilerinde ağırbaşlılığını korumak zorundadır”.*<sup>62</sup>

*“Bir ihtiyati haciz başvurusunda Hâkim tarafından noksanlıklar olduğu yolunda evraka düşülen nottan dolayı mahkeme yazı işleri müdürü olan şikayetçiye “bu pislik senin başının altında çıkıyor, ben sana gösteririm” sözleri meslek kurallarına aykırı olduğundan disiplin suçu oluşturmaktadır”.*<sup>63</sup>

Kanaatimizce ayrı bir maddeyle düzenlenmesi yerine TBB Meslek Kuralları m.25'in, m.17 ve m.23 ile birleştirilmesi ve maddenin şu şekilde kaleme alınması uygun olacaktır:

*“Hâkim, savcı ve diğer görevlilerle gerek duruşma sırasında gerek dışında gerekse icra işlemlerinin yürütülmesine ilişkin kurulacak her türlü iletişimde ve gerektiğinde bu kişiler haklarında yapılacak her türlü müracaatta avukat, kanunun gerektirdiği gerekçeleri amacı aşmayacak biçimde açıklar ve meslek onuruna uygun tutum ve davranışlarda bulunur. Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır”.*

<sup>61</sup> 5.2.1994 T. E.1994/19 K.1994/18)15 (Çelik, Avukat - Mahkeme İlişkileri, s. 285).

<sup>62</sup> 24.11.2001 T. E.2001/155 K.2001/205) (Çelik, Avukat - Mahkeme İlişkileri, s. 285).

<sup>63</sup> 23- 24.11.2001 T. E.2001/133 K.2001/188) (Çelik, Avukat - Mahkeme İlişkileri, s. 285).

## SONUÇ

Avukatların mesleklerini icra ederken dikkat etmesi gereken kurallar, Avukatlık Kanunu’nun yanı sıra meslek kurallarında da ele alınmıştır. Elli yılı aşkın bir zaman önce hazırlanan TBB Meslek Kuralları’nın değişmesine olan ihtiyaç aşıkardır. Birçok kanun değişmesine ve meslek artık, eskisi gibi icra edilmemesine ve özellikle Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’ni benimseyen ülkelerin de yer yer Anglo-Amerikan Hukukundan özellikler taşıyan kurumları hukuk sistemlerine entegre etmesiyle birlikte, yeni bir bakış açısıyla, bu kuralların gözden geçirilerek yeniden hazırlanması isabetli olacaktır.

6 bölümden oluşan Meslek Kuralları’nın bu çalışmada “Yargı Organlarıyla ve Adli Mercilerle İlişkiler” başlıklı ikinci başlığı incelemimize konu edilmiştir.

TBB Meslek Kuralları m.17, 23, 25 numaralı kurallar birbirine yakın hükümler içermektedir. Bu bağlamda m.17 uyarınca, “Hâkim ve savcılarla ilişkilerinde, avukat, hizmetin özelliklerinden gelen ölçülere uygun davranmak zorundadır. Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır”. TBB Meslek Kuralları m.23 uyarınca, “Hâkimin reddi, savcılarının ve başkaca adalet görevlilerinin reddi veya şikâyet edilmesi konusunda ve genellikle konuşmalarında ve yazılarında avukat, kanunun gerektirdiği gerekçeleri amacı aşmayacak biçimde açıklar”. TBB Meslek Kuralları m.25 uyarınca, “Avukat, mahkeme kalemlerinde, icra dairelerinde ve her türlü mercilerde çalışan görevlilerle olan ilişkilerinde de meslek onuruna ve ağırbaşlılığına uygun tutum ve davranışlarını korur”.

Kanaatimizce ayrı bir maddeyle düzenlenmesi yerine TBB Meslek Kuralları m.25’in, m.17 ve m.23 ile birleştirilmesi ve maddenin şu şekilde kaleme alınması uygun olacaktır:

“Hâkim, savcı ve diğer görevlilerle gerek duruşma sırasında, gerek dışında, gerekse icra işlemlerinin yürütülmesine ilişkin kurulacak her türlü iletişimde ve gerektiğinde bu kişiler haklarında yapılacak her türlü müracaatta avukat, kanunun gerektirdiği gerekçeleri amacı aşmayacak biçimde açıklar ve meslek onuruna uygun tutum ve davranışlarda bulunur. Bu ilişkilerde karşılıklı saygı esastır”.



TBB Meslek Kuralları m.20 uyarınca: “Avukatlar ve avukat stajyerleri, mesleğe yaraşır bir kılık ve kıyafetle mahkemelerde görev yaparlar. Duruşmalara, Türkiye Barolar Birliği’nce şekli saptanmış cübbe ile ve temiz bir kıyafetle çıkarlar. Erkek avukatlar, iklim ve mevsim koşullarının elverdiği ölçüde kravat takarlar”. Avukat açısından uygun kıyafet cübbedir. Nitekim Avukatlık Kanunu’nun 7249 sayılı Kanun’la değiştirilen “Avukatların resmi kılık ve kıyafeti” başlıklı 49.maddesine göre, “Avukatlar, mahkemelere Türkiye Barolar Birliği tarafından şekli belirlenen cübbeyle çıkmak zorundadır. Avukatlara, staj dönemi de dahil olmak üzere, baro ve Birliğin iş ve işlemleri ile mesleğin icrası kapsamında kılık ve kıyafetle ilgili herhangi bir zorunluluk getirilemez

Kanaatimizce TBB Meslek Kuralları m.20’nin son cümlesinin metinden çıkartılması isabetli olacaktır. Giyim kuralları bağlamında erkek-kadın arasında bir ayırım yapılması suretiyle, erkek adayların kravat takmasını zorunlu tutmak doğru değildir. Nitekim TBB Meslek Kuralları 20’de erkek avukatların kravat takacağı belirtilmiş olsa da Avukatlık Kanunu m.49/II’de avukatlara, staj dönemi de dahil olmak üzere, baro ve Barolar Birliği’nin iş ve işlemleri ile mesleğin icrası kapsamında cübbe haricinde kılık ve kıyafetle ilgili herhangi bir zorunluluk getirilemeyeceği belirtildiğinden, avukatın cübbe haricinde herhangi bir kıyafet giymeye zorlanması mümkün olamamalıdır.

TBB Meslek Kuralları m.21 uyarınca, “Avukat duruşmayı terk edemez. Ancak kişisel veya meslek onurunun zorunlu kıldığı hallerde duruşmalardan ayrılabilir. Bu durumda avukat derhal baroya bilgi verir”. Kanaatimizce, TBB Meslek Kuralları 21’in yürürlükten kaldırılması isabetli olur. Zira avukat, “duruşmayı terk edemez” denildikten sonra kişisel veya mesleki onur gibi geniş ve ne olduğu tam olarak anlaşılamayan kavramlarla avukata sınırsız bir takdir yetkisi verilmesi belirsizlik yaratmakta ve maddeyi amaçsız kılmaktadır.

TBB Meslek Kuralları m.24 uyarınca, “Avukat, ilerde tanık olarak dinlenecek kimselerden, istisnai olarak bazı hususları öğrenmek mecburiyetinde kalmış olursa, onları etkilemiş olma şüphesi altına düşmekten kaçınmalıdır. Avukat, tanıklara tavsiyelerde bulunamaz, ne şekilde tanıklık edecekleri veya hâkim önünde nasıl hareket edecekleri hakkında talimat veremez”.

Bu başlıkta anlatılan Meslek Kuralları'ndaki hüküm değişmeden ya da tümüyle kaldırılmadan avukatların sorgulamaya hazırlanması müvekkiliyle görüşme, dosyadaki beyanları ve delilleri incelemesi şeklinde olabilecektir. Bu da sorgulama sisteminin ruhuyla ve sorgulama sistemiyle hedeflenen amaçlarla bağdaşmaz. Avukatın sadece karşı tarafın tanığıyla değil kendi bildirdiği tanıkla dahi görüşmemesi hâkimin kontrolünü en üst düzeyde tutan usul sistemlerinde geçerli olabilir. Usul sistemlerinin birbirine yaklaştığı bir ortamda bu Meslek Kuralları'ndaki hükmün savunulabilecek bir tarafı yoktur. Bir taraftan avukatın yaptığı işe kamu hizmeti, yargılamanın üç erkenden biri deyip, sonrasında avukatın tanıklarla dahi görüşmesine imkân vermemek, bu yönde avukatlara güvenmemek rasyonel bir gerekçeyle açıklanamaz. Kaldı ki tanığın yargılamaya hazırlanmasını, onu yalancı tanıklığa hazırlamak gibi düşünemeyiz. Hayatında ilk defa tanıklık yapacak kişi, ilgisiz konularda tanıklık yapacağına avukat tarafından özellikle ilgisiz konulara girmemesi ve başkasından duyduğu hususları mahkemede anlatması yerine kendi duyu organlarıyla elde ettiği bilgileri aktarması yönünde tanık uyarılabilmeli, bu mümkün olmayacaksa tanık listesinden daha baştan çıkarılabilmelidir. Böylece ilgisiz kişiler duruşmada dinlenmek durumunda kalmayacak, hâkimin iş yükü hafifleyecek ve yargılama hızlanacaktır. Şu anki sistemimizde avukat tanıkla görüşmediğine göre avukatın kimi sorgulayacağına ilişkin bu teknik konuda avukat değil, müvekkil karar verici konumundadır. Oysa sorgulama teknik bir iş olduğundan karar verici avukat olmalıdır.

Sorgulamanın gereği gibi yapılabilmesi için avukatların son derece hazırlıklı olmaları gerekir. Meslek Kuralları'nın eski tarihli oluşu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2011'de yürürlüğe girdiği dikkate alındığında Meslek Kuralları'nın da HMK'ya ve HMK'nın arzuladığı sorgulama sistemine uygun şekilde revize edilmesi gerekmektedir. Bu revizyondan sonra avukatlar daha hazır halde yargılamaya gelebilecek, bu bağlamda maddi gerçeğe daha kolay ulaşılacaktır. Kanaatimizce bu bağlamda Meslek Kuralları'nın 24. maddesi tümüyle yürürlükten kaldırılmalıdır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akkan Mine, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C.I, B.15, İstanbul 2017.
- Alangoya Yavuz/ Yıldırım Kâmil/ Deren Yıldırım Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, B.8, İstanbul 2011. (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, Esaslar).
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, Medeni Usul Hukuku, B.7, Ankara 2021.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/ Erdoğan Ersin, Medeni Usul Hukuku, B.4, Ankara 2021.
- Bocchino Anthony/Sonenshein David, A Practical Guide to Federal Evidence: Objections, Responses, Rules, and Practice Commentary, Eighth Edition, Lousiville 2006.
- Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Dike Verlag AG, AUFLAGE 2, 2016.
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, B.5, İstanbul 2021 (Budak/Karaaslan, Avukatlık).
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, Medeni Usul Hukuku, B.5, İstanbul 2021 (Budak/Karaaslan, Usul).
- Clark Ronald/ Dekle George/ Bailey William, Cross-Examination Handbook, Persuasion, Strategies and Techniques, New York 2011.
- Cleary Gordon/Tarantino John, Trial Evidence Foundations, Costa Mesa 2012.
- Çelik Lamih, TBB Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatlık Meslek Kuralları, B.3, Ankara 2016 (Çelik, Meslek Kuralları).
- Çine Özcan, Avukatlık Hukuku, Ankara 2014.
- Erdönmez Güray, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C.I, B.15, İstanbul 2017.
- Ertanhan Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005.
- Görgün Şanal/ Börü Levent/Kodakoğlu Mehmet, Medeni Usul Hukuku B.10, Ankara 2021.
- Günay Erhan, Avukatlar Hakkında Suç ve Disiplin Hukuku, B.2, Ankara 2017.
- Güner Semih, Avukatlık Hukuku, B.6, Ankara 2015 (Güner, Avukatlık Hukuku).
- Herman Nicholas, North Carolina Civil Trial Practice, New York 2012.
- Iannuzzi John Nicholas, Handbook of Cross Examination: The Mosaic Art, Third Edition, United States 2011.
- Karslı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, B.5, Ankara 2022
- Kleine-Cosack Michael (Çev. Köksal Şevdiye), Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) mit BORA und FAO Kommentar, München 2003, Evrensel Bakış İçin Avukatlık Yasaları I, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2004.
- Koç Figen, Paris Barosu İç Tüzüğü-2000, Evrensel Bakış İçin Avukatlık Yasaları-1, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2004.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B.25, Ankara 2014.

- Kuru Baki/Aydın Burak, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C.I, B.2, Ankara 2021 (Kuru/Aydın, Usul, C.I).
- Martin Michael/Capra Daniel/Rossi Faust, New York Evidence Handbook: Rules, Theory, and Practice, New York 2002.
- Özekes Muhammet, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C.II, B.15, İstanbul 2017.
- Özen Atilla, Avukatlık Hukuku, B.4, Ankara 2021.
- Postacıoğlu İlhan/Altay Sümer, Medeni Usul Hukuku, B.7, İstanbul 2015.
- Rüzgaresen Cumhur, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, Ankara 2022.
- Sandler Paul Mark/Archibald James Kenway, Model Witness Examinations, Illinois 2003.
- Sarisözen Serhat, Medeni Usul Hukukunda Soru Yönelme ve Çapraz Sorgu, Ankara 2016.
- Seyrek Mehmet, Fransız Avukatlık Yasası, Evrensel Bakış İçin Avukatlık Yasaları-1, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2004.
- Sungurtekin Özkan Meral, Avukatlık Hukuku, İzmir 2006 (Sungurtekin Özkan, Avukatlık Hukuku).
- Sungurtekin Özkan Meral, Avukatlık Mesleği, Avukatların Hak ve Yükümlülükleri, B.2, İzmir 2009 (Sungurtekin Özkan, Avukatlık Mesleği).
- Sungurtekin Özkan Meral, Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013 (Sungurtekin Özkan, Yargılama).
- Tanford Alexander, Keeping Cross-Examination Under Control, Trial Adv. 245, Indiana 1994
- Tanrıver Süha, Medeni Usul Hukuku, C.1, Ankara 2021,
- Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, B.7, İstanbul 2000.
- Ulukapı Ömer, Medeni Usul Hukuku, B.7, Konya 2014.
- Yıldırım Kâmil, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, B.6, İstanbul 2011.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.2, B.4, Ankara 2021 (Yılmaz, Şerh II).
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C.3, B.4, Ankara 2021 (Yılmaz, Şerh III
- Yılmaz Ejder, Yemin, B.3, Ankara 2021 (Yılmaz, Yemin).
- Yılmaz Tuncay/Yazıcı Şerife/Amon Paltura Mirel, Yabancı Ülkelerin Avukatlık Kanunları 2.Kitap, Ankara 2013.

## Makale

- Çelik Lamih, “Meslek Kurallarında Avukat-Mahkeme İlişkileri”, *TBB*, 2008/74 (Çelik, Avukat-Mahkeme İlişkileri).

# SAĞLIK MENSUPLARININ MALİ SORUMLULUK SİGORTALARINA YÖNELİK İSİMDEN KAPSAMA BİR ELEŞTİRİ

## A CRITICAL ANALYSIS OF HEALTHCARE PROFESSIONALS LIABILITY INSURANCES FROM NAMING TO SCOPE

Ertunç MEGA\*

**Özet:** Sorumluluk sigortalarının temelini, kişilerin hayatın genel akışı içinde üçüncü kişilere verebilecekleri zararların ekonomik sonuçlarından kendilerini korumaya yönelik tedbir alma gayesi oluşturmaktadır. Bu gaye, rizikoya karşı iradi bir taleple gerçekleştirilmenin yanında, bazı özel sorumluluk gerektiren faaliyetlerde/işlerde/mesleklerde ise zorunluluk şeklinde de ortaya çıkmaktadır ve bu özel sorumluluk sigortası alanları da her geçen gün gelişmektedir. Sigortanın malvarlığında ortaya çıkabilecek eksilmelere karşı güveneyi tesis eden mali sorumluluk sigortası alanlarından birisi de tıbbi uygulamalar olup, sigortalanması zorunlu olan meslek grubu ise tabiplerdir. Anılan zorunlu sigorta, Türkiye’de, *Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası* şeklinde isimlendirilmiştir. Çalışmamız ile tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortasını iki açıdan tartışmaya açmayı amaçladık. İlk amacımız tabiplere yönelik zorunlu mali sorumluluk sigortalarının isimlendirilmesindeki kötü sözcüğünün kullanımını olumsuz yönde eleştirmektir. Bu olumsuz eleştirinin gerekçelendirilmesindeki temel dayanağımız ise kötü tıbbi uygulama ifadesinde yer bulan kötü sözcüğünün hukuki bir normdan ya da hukuk bilimine ait bir terimden öte iyi sözcüğünün karşıtı olarak ahlaki bir standardı işaret ettiği yönündeki görüşlerdir. Makale’de ikinci amacımız ise, bu sigortanın, tabipler dışındaki sağlık mensupları hatta sağlık mensubu olmadığı hâlde sağlık hizmet sunucularında görevli sair çalışanlar açısından da zorunlu hâle getirilmesinin gerekliliğini vurgulamaktır. Özellikle tabibin yönlendirmesine bağlı olmadan teşhis ve tedavi hizmeti verebilen sağlık mensupları açısından zorunlu mali sigorta kurumu ivedi düzenleme talep eden konulardandır. İşlerini özel sağlık hizmet sunucularında yürütürken zorunlu sigorta kapsamında olan özel güvenlik görevlilerinin, aynı işi kamu sağlık hizmet sunucularında gördüklerinde zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında tutulmaması da dikkat çekilmesi gereken bir diğer husustur.

**Anahtar Kelimeler:** Mali Sorumluluk Sigortası, Sağlık Mensupları, Kötü Tıbbi Uygulama, Zorunlu Sigorta, Sağlık Sektör Çalışanları

\* Dr., (Sağlık Hukuku Doktoru ve Kadın Hastalıkları Doğum Uzmanı), İstanbul Sağlık Bilimleri Üniversitesi Fatih Sultan Mehmet Eğitim ve Araştırma Hastanesi Baştabip Yardımcısı, drertuncmega@gmail.com, ORCID ID 0000-0002-9446-023X, Makalenin Gönderim Tarihi: 31.07.2022, Kabul Tarihi: 13.12.2022

**Abstract:** The underpin of liability insurance is the aim of covering the financial consequences of the liabilities incumbent on the insured as a result of loss or damage caused to third parties. This purpose, besides being realized with a voluntary demand against the risk, is also realized as a compulsion in some activities/jobs/occupations that require special responsibility, and these special liability insurance fields are also progressing day by day. Inasmuch that, via the Insurance Law, the compulsory insurance institution about liabilities has been transformed also to goods, provided that there is a public interest. One of these fields is medical practices, and the occupational group that must be insured is physicians. The aforementioned compulsory insurance is named as *Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası* in Turkish. Whereas the name of the insurance may be translated to English as *Compulsory Liability Insurance for Medical Malpractice*, the perceived reality is much more than this basic translation. The conceptual meaning of the word *kötü* in Turkish somehow approaches to English verbs *misdeem* or *misusage* expressing an intentional or voluntary control on the unlawful issue. Our justification on this issue sits on that, *bad* refers to moral standards rather than a legal norm or a legal term. In the article we will first criticize the name of the liability insurance and then we will discuss the compulsion issue, which according to us must cover not only the physicians but also the other healthcare professionals and health sector workers. In our opinion, for the healthcare professionals who provide health services without the guidance of the physicians, the compulsory financial insurance institution is one of the issues that require immediate regulation. Here, the situation of security officers working in private health service providers should also be evaluated. Security officers for whom financial liability insurance is compulsory for the private health sector but not for the public health sector is also an important point that requests discussion.

**Keywords:** Financial Liability Insurance, Healthcare Professionals, Malpractice, Compulsory Insurance, Health Sector Workers

## GİRİŞ

Hata insana mahsustur, ancak kimi meslek erbabından hizmet alanların hata ile karşılaşma oranları yüksek olduğundandır ki belirli mesleklerde mesleki mali sorumluluk sigortası kurumu doğmuş ve bazılarında anılan sigortayı yaptırmak zorunlu hâle getirilmiştir.

Tıbbi mesleki hataya yönelik zorunlu sigorta hususu, Türkiye Mevzuatı'na, 2010 yılında çıkarılan Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>1</sup>la girmiştir.<sup>1</sup> Anılan kanunun 8. maddesi ile kamu ve

<sup>1</sup> RG. 30.01.2010, S. 27478.

özel sektörde hizmet veren tüm tabiplere<sup>2</sup> yönelik olarak mesleki hata kaynaklı mali sorumluluk sigortası zorunluluğu getirilmiş, sigortanın konusu tıbbi kötü uygulama kaynaklı malvarlığı azalmaları, ismi ise yayımlanan Tebliğ ile, *Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası* şeklinde saptanmış ve primlerin ödenmesi hususunda tabiplerin ve sağlık hizmet sunucularının payları belirlenmiştir.<sup>3</sup>

Türkiye’de ve 2022 yılı itibariyle mesleki hata kaynaklı mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu bulunan tek meslek grubu tabipler ve belirlenmiş işyeri şartlarında özel güvenlik görevlileri olsa da avukatlık mesleki zorunluluk sigortasının da aynı kapsama alınması yönünde görüşler olduğu da bilinmektedir.<sup>4</sup> Burada, hâkimler hakkında da mesleki hata kaynaklı tazminat davalarının açılabileceği de vurgulanmalıdır ki hâkimlere karşı mesleki hata kaynaklı davalar Hazineye karşı açılır ve davalı taraf T.C. Maliye Bakanlığı’dır.<sup>5</sup>

Makale’de amaç, tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortalarına yönelik iki olumsuz eleştirimizi ortaya koyabilmektir. Bu eleştirilerimizden ilki anılan sigortanın ismine, ikincisi ise kapsamına yöneliktir.

Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası ifadesinde sorgulanması gereken önemli bir sözcük vardır ve bu sözcük sıklıkla sıfat olarak kullanılan, zaman zaman da zarf fonksiyonunu haiz *kötü*<sup>6</sup> sözcüğüdür. Makale’nin ilk bölümünde, sözcük, leksikal semantik açıdan incelenecek ve sözcüğün hukuk kavramı ve terimi olarak kullanım şekli vurgulanacaktır. Bölümde, sözcüğün Türk kanunlarında kullanım şekli de analiz edilecektir. Bu bölümdeki deskriptif çabanın amacı, bize göre sigortanın doğru ismine yönelik gerekçelendirilmiş preskriptif öneride bulunabilmek ya da bu yönde tartışma başlatabilmektir.

<sup>2</sup> Makale’de tabip/ tabipler ifadesi dış tabiplerini de kapsar şekilde kullanılmıştır.

<sup>3</sup> RG. 21.07.2010, S. 27648.

<sup>4</sup> Serhal Nur Mahmutoğulları, Avukatlık Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2007, s. 116.

<sup>5</sup> Dilek Karademir, “Son Kanun Değişiklikleri Işığında Hâkimin Hukuki Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, S. 119, s. 247.

<sup>6</sup> Kötü sözcüğünün kökeni üzerine çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu konuda bir inceleme için Bkz. Mehmet Zeki Gelir, “Kötü Kelimesinin Kökeni Üzerine”, *Çukurova Üniversitesi Türkoloji Araştırmaları Dergisi*, 2019, C. 4, S. 1, s. 83-99.



Öte yandan, sağlık hizmet sunumunda yer alan meslek grupları sadece tabipler olmayıp, mevzuat dâhilinde sağlık hizmeti sunmaya yetkili sair meslek grupları da mevcuttur. Ancak, mesleki mali sorumluluklara karşı sigortalanmak zorunluluğu sadece tabiplere getirilmiştir. Türkiye’de faaliyet gösteren sigorta şirketlerinin hatalı tıbbi faaliyetleri nedeniyle tabip dışındaki sağlık mensuplarını mesleki hatalı uygulamalarının tazminine yönelik sigortalamaktan kaçındıkları da bir vakiadır. Çalışmamızdaki ikinci amaç ise bu sigortanın tabipler dışındaki sağlık meslek mensuplarını ve hatta tüm sağlık hizmet sunucusu çalışanlarını da kapsamasının gerekçesini ortaya koyabilmektir.

## I. İLK TARTIŞMA: TABİPLER HATA MI YAPAR KÖTÜLÜK MÜ?

### A. GENEL OLARAK

Dil, yalın bir anlatımla; düşünce, duygu, istek, bilgi, açıklama ve sair hususları bildirme ya da belirtme işlevi gören bir anlatım aracıdır.<sup>7</sup> Bu aracın hukuk dili açısından yanlışsız ve dikkatli kullanılması gerçeğe ve adalete ulaşmada tartışmasız bir gerekliliktir.<sup>8</sup> Bir dilbilim dalı olan anlambilimin yani semantikin konusu ise dile özgü *kognitif anlamlandırmaların* ve bu anlamlandırmaların kuramsal düzenlemelelerinin *tasviridir*. Bu anlamlandırma ise sözcük, cümle ya da söz bakımından yürütülebilir.<sup>9</sup>

*Anlam*, sözel/metinsel yorum yönteminde dolaysız olarak<sup>10</sup>, sair yorum yöntemlerinde ise dolaylı olarak hukukun en önemli araçlarından birisidir. Anlambilim, hakkında farklı görüşler olsa da, güncel olarak üç alana ayrılmıştır. Bunlar genel anlambilim, felsefi anlambilim ve dilbilimsel anlambilim olarak tasnif edilmektedir.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Ejder Yılmaz, “Adli Yazı Dili”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1991, S. 5, s. 710; Gökhan Antalya, *Hukuk Teorisi Cilt 1*, 2. baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 538-541.

<sup>8</sup> Ejder Yılmaz, “Adli Yazı Dili”, s. 719-720; Elif Uzun, *Hukuk Dili ve Adli Yazışmalar*, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 4.

<sup>9</sup> Irène Tamba-Mecz, *Anlambilim*, Çeviren Necmettin Sevil, İstanbul, İletişim Yayınları, 1998, s. 9.

<sup>10</sup> Brugger, sözel yorumu, bir hukuki meselenin çözümüne ilişkin bir kanun hükmünün, anlambilimsel, dilbilimsel ve gramer açısından analizi şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Winfried Brugger, “Concretization of Law and Statutory Interpretation”, *Tulane European and Civil Law Forum*, 1996, C. 11, s. 234. Öte yandan, sair tüm yorum metotlarında ise, anlambilim, eşyanın tabiatı gereği önem arz etmektedir.

<sup>11</sup> Soner Akşehirli, “Temel Anlambilim (Semantik) Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, *Yüksek Lisans Tezi*, Ege Üniversitesi, İzmir, 2004, s. 61.

Dilbilimsel anlambilim, klasik tasnifte, sözlükbilimin bir alt dalı olarak da kabul görmektedir.<sup>12</sup> Şu hâlde anlam bir bilim konusudur. Aksan, anlamı, “*Dilde birer gösterge niteliğiyle yer alan, insanın dünya bilgisine dayalı birtakım belirleyicileri bulunan sözcüklerin belli bir bağlam ve belli bir konu içinde ilettikleri kavram*” şeklinde tanımlamakta<sup>13</sup> ve bir sözcüğün anlamının; kullanıldığı kültüre, o sözcüğü kullanan kişilerin kognitif özgeçmişlerine ve en önemlisi de içinde bulunduğu bağlama göre değişiklik gösterebileceğini vurgulamaktadır.<sup>14</sup> Bu tanım gerek temel anlam gerekse de yan anlam için geçerlidir. Temel anlam bir sözcüğün, duyulur duyulmaz herkes tarafından kabul gören objektif ya da sözlükbilimsel ilk anlamıdır.<sup>15</sup>

Yan anlam ise; kişinin psikolojik yapısı, sosyal çevresi, kişisel yaşam tarzı ve sözcük ile cümleler arasındaki ilişkiler şeklinde dört unsurdan vücut bulan ve temel anlamın yanında o sözcüğün çağrıştırdığı diğer anlam veya anlamlar olarak tanımlanır<sup>16</sup>Aksan’a göre yan anlam, kavramları daha etkili, daha somut, daha kolay biçimde dile getirebilmek amacıyla kullanılır ve bu kullanılış, aralarında; biçim, işlev, amaç ilişkisi ve yakınlığı bulunan başka kavramlara dayanılarak ortaya çıkar<sup>17</sup>

Çağrışım, Cevizci tarafından; düşüncelerin, sözcüklerin, imaj ve duyguların birbirlerini hatırlatacak biçimde ilişkilendirilmesi olarak ifade edilmiştir. Yazar, çağrışımı, psikolojik bir fenomen olarak ise, “İki ya da daha fazla öge arasındaki işlevsel bağıntıya; *kognisyondaki öğelerin ya da bileşenlerin, iradenin aracılığı olmadan ya da iradenin karşı koyuşuna rağmen, birbirlerine bağlanmaları ya da birbirleriyle birleştirilmeleri*” şeklinde tanımlamıştır.<sup>18</sup> Nelson ve arkadaşları ise çağrışım olmadan, sözcükleri oluşturabilmenin ve hatırlayabilmenin imkânsızlığına vurgu yapmışlardır.<sup>19</sup> Öte yandan, çağrışımın doğan anlam, sınırları bulunamaz, ölçülemez bir meseledir. Çağrışım bazen *hukuk* ve *guguk* ya da *tıp* ve *top* sözcüklerinde olduğu gibi biçimsel ola-

<sup>12</sup> Akşehirli, “Temel Anlambilim”, s. 11.

<sup>13</sup> Doğan Aksan, Anlambilim Konuları ve Türkçenin Anlambilimi, 4. basım, Ankara, Engin Yayın Evi, 2006, s. 13.

<sup>14</sup> Aksan, Anlambilim Konuları, s. 119.

<sup>15</sup> Akşehirli, “Temel Anlambilim Üzerine”, s. 63-64.

<sup>16</sup> Akşehirli, “Temel Anlambilim Üzerine”, s. 50-51.

<sup>17</sup> Aksan, Anlambilim Konuları, s. 58.

<sup>18</sup> Ahmet Cevizci, Felsefe Sözlüğü, 5. baskı, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2002, s. 187.

<sup>19</sup> Douglas L. Nelson, Cathy McEvoy ve Thomas A. Schreiber, “The University of South Florida Word Association, Rhyme and Word Fragment Norms”, *Behavior Research Methods, Instruments, & Computers*, 2004, C. 36, S. 3, s. 402-407.

bilir; bazen ise *hürmet* ve *sevgi* sözcüklerinde olduğu gibi anlam temelli<sup>20</sup> veya *saygı*, *sayı* ve *saygın* sözcüklerinde olduğu gibi köken temelli<sup>21</sup> de ortaya çıkabilir.

O hâlde, tabibin tıbbi uygulaması kötü sözcüğü ile nitelenirken, sözcüğün kullanıcı paydaşlarda tezahür ettirdiği anlam ya da çağrışım, irdelenmesi gereken bir konudur. Bu tür irdellemeler ise dil kullanımına, ifade becerisine dayanan ve sosyal, normatif bir bilim olarak kabul gören hukukta önem arz eder ya da etmelidir.

## B. ANLAM VE KAVRAM OLARAK KÖTÜ SÖZCÜĞÜ

Türkiye Türkçesinde kötü kavramını karşılayan sözcükler yönünden bir değerlendirme yapan Gelir, *bed*<sup>22</sup> (*bet*), *fena*<sup>23</sup>, *kem*<sup>24</sup>, *yaman*<sup>25</sup>, *yavuz*<sup>26</sup> sonuçlarına ulaşmıştır.<sup>27</sup> Ayverdi ise sözcüğü, temel anlam

<sup>20</sup> Akşehirli, "Temel Anlambilim Üzerine", s. 40.

<sup>21</sup> Akşehirli, "Temel Anlambilim Üzerine", s. 40.

<sup>22</sup> Temel anlam olarak hem Türk Dil Kurumu (TDK) Sözlüğü'nde hem de Kubbealtı Lügatı'nda; "kötü", "çirkin", "tuhaf" şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Kolektif, Türkçe Sözlük, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 2011, s. 291; İlhan Ayverdi, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, İstanbul, Kubbealtı İktisadi İşletmesi, 2005, s. 345.

<sup>23</sup> Temel anlam olarak, TDK Sözlüğü'nde "iyi nitelikte olmayan", "kötü" şeklinde, Kubbealtı Lügatı'nda ise "hoşa gitmeyecek durumda olan", "istenen veya gereken nitelikte bulunmayan", "kötü" şeklinde tanımlanmıştır. Burada, fena sözcüğünün zarf olarak çok, çok fazla, aşırı derecede anlamına gelen bir yan anlamının da bulunduğu belirtilmelidir. Örnek: Koşarken bileğim burkuldu, fena acıyor. Bkz. Kolektif, Türkçe Sözlük, s. 786; Ayverdi, Misalli Sözlük, s. 933.

<sup>24</sup> Temel anlam olarak TDK Sözlüğü'nde "kötü", "fena", Kubbealtı Lügatı'nda ise "kötü", "fena", "değersiz", "adi" şeklinde tanımlanmıştır. Kem, yan anlam olarak hem TDK Sözlüğü'nde hem de Kubbealtı Lügatı'nda "noksan", "eksik" olarak da tanımlanmıştır. Bkz. Kolektif, Türkçe Sözlük, s. 1383; Ayverdi, Misalli Sözlük, s. 1637.

<sup>25</sup> Temel anlam olarak TDK Sözlüğü'nde "güç", "etki veya beceri bakımından alışılmışın üzerinde olan (kimse)", Kubbealtı Lügatı'nda ise "gücü, etkisi, becerikliliği, ustalığı vb. alışılmışın üstünde olan", "usta" şeklinde tanımlanmıştır. Burada, "yaman", TDK Türkçe Sözlüğü'nde "kötü", "korkulan (kimse)" şeklinde ve Kubbealtı Lügatı'nda "kötü", "fena" şeklinde yan anlamları olduğu da vurgulanmalıdır. Bkz. Kolektif, Türkçe Sözlük, s. 2516; Ayverdi, Misalli Sözlük, s. 3358.

<sup>26</sup> Temel anlam olarak TDK Sözlüğü'nde "güçlü", "çetin" anlamında kullanılan yavuz sözcüğü, Kubbealtı Lügatı'nda temel anlamı ile "fena", "kötü" şeklinde tanımlanmıştır. "Köktürk yazıtlarında fena, kötü, perişan ve giderek hırsız anlamlarını içeren yabız, yavız sözcüğü ses değişmesiyle yavuz şeklini almış, bu arada da kötü anlamını yitirerek anlam iyileşmesi yoluyla günümüzde iyi, güzel huylu, eli açık, yiğit anlamlarını yüklenmiştir." şeklindeki bilgi için Bkz. Bahattin Sav, "Anlam Değişmeleri Üzerine Artzamanlı Bir İnceleme", *Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 23, S. 1, s. 163-164.

<sup>27</sup> Gelir, "Kötü Kelimesinin Kökeni Üzerine", s. 83-99.

olarak, “İstenilen nitelikte olmayan, sâhip bulunması gereken vasıfları taşımayan” şeklinde tanımlamıştır. Ayverdi, kötü sözcüğünün yan anlamlarından bazılarını ise, “*ahlak bakımından düşük olan, ahlak dışı*”, “*zararlı olabilecek yaratılıştaki olan kimse*”, tanımlamıştır.<sup>28</sup> Türkiye gerçeği içinde, sözcüğün ahlak bakımından düşüklük veya ahlak dışılık şeklinde tahayyülünün de temel anlama son derece yaklaşmış durumda olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Genel anlambilimin kurucusu olarak Alfred Korzybski gösterilmektedir ki Korzybski, genel anlambilim temelinde dili; psikoloji, sosyoloji ve mantık açısından inceleme eğilimindedir.<sup>29</sup> Bizim de bu değerler dizisi içinde, kötü sözcüğüne yönelik bazı durumları, *sosyal psikoloji açısından* birkaç yerden inceleme olanağımız mevcuttur. Bunlardan ilkinde işaret etme amacıyla ve günlük kullanıma bir örnek olarak, Delroy Paulhus’un *kötü insanlara* yönelik deneylerini içeren ve BBC Türkçe Haber Sitesi’nde mevcut olan, aşağıdaki metin verilebilir.<sup>30</sup>

*Diyelim ki zararsız böcekleri kahve öğütme makinasına atıyorsunuz; bu iş hoşunuza gider miydi? Ya da sokaktan geçen herhangi bir insanı sağır edici bir sesle korkutmak? Bunlar Delroy Paulhus’ın içimizdeki kötü insanları anlamak için yaptığı deneylerden bazıları.*

*Kanada’daki British Columbia Üniversitesi’nde psikoloji profesörü Paulhus bazı insanların neden başkalarına acı çektirmekten hoşlandığı sorusuna cevap arıyor. Bu tür insanlar ise sadece psikopatlar ve katiller değil; okuldaki zorbalardan internet trollerine, hatta politikacı ve polis gibi toplumun üst kesimine mensup kişiler bile bu kategoriye girebiliyor.*

*Paulhus, bu insanlar hakkında hemen yargıya varmanın kolay olduğunu söylüyor. “Tanıştığımız insanlar hakkında melek ve şeytan kalıbını kullanma eğilimi taşıyor, dünyamızı iyi ve kötü insanlar olarak basitleştirmek istiyoruz” diyor. Zalimliği mazur görmeye çalışmasa da onun bu tür insanlara yaklaşımı tıpkı bir zoologun zehirli böcekleri incelemesine benziyor.*

<sup>28</sup> Ayverdi, Misalli Sözlük, s. 1770.

<sup>29</sup> Alfred Korzybski, “The Role of Language in the Perceptual Processes”, Perception: An Approach To Personality içinde 170-205 Editörler Robert R. Blake ve Gleen V. Ramsey, New York, Ronald Press Company, 1951, s. 192-193.

<sup>30</sup> David Robson, “Kişilik Psikolojisi Kötülüğü Nasıl Açıklıyor?”, BBC News Türkçe, Erişim Tarihi: Ekim 03, 2021, [https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/07/150720\\_vert\\_fut\\_kotuluk](https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/07/150720_vert_fut_kotuluk).

Sinema sanatında sık geçen *kötü adam* karakterini vurgulayarak bir başka gazete haberi aşağıdaki şekildedir.<sup>31</sup>

Bir oyuncuyu en zorlayan işin kötü adam rolleri olduğu söylenir. En profesyonel aktör ve aktrisler bile bazen negatif karakterleri canlandırmakta zorlanırlar. Bununla birlikte, Hollywood’da kötü adamları tasvir etme konusunda çok tecrübeli olan bir grup aktör var. Sanki hepsi, bu karakterleri canlandırmak için doğmuş gibi!..

Sinema sanatında sık geçen *kötü kadın* karakterini vurgulayarak bir başka gazete haberi aşağıdaki şekildedir.<sup>32</sup>

*Türk Sineması’nda rolden role girdiler ancak en çok kem gözlü kötü kadın rolleri cuk oturdu üstlerinde. Bazen çocuk sevediler, kötü bir üvey anne oldular, bazen evli erkekleri ayırdılar, bazen ise kötü yollara düştüler...*

Yukarıdaki irdelemeden sonra kötü sözcüğünün internet ortamında mevcudiyetine de yönelmek isteriz. Türkiye’de en sık kullanılan arama motorunda *kötü uygulama* şeklinde arama yapıldığında, saptanan ilk 200 verinin %75’i *tıbbi kötü uygulama* sonucunu vermektedir. Aramanın %20’si ise bilgisayar sistemlerindeki yazılım uygulamalarına ait sonuçlarla ilişkilidir.

Bilinen odur ki, bir sözcüğün metin içindeki anlamını kavramak okunan ile okuyan arasında bir kognitif işlemi ya da bilgi alışverişini sonuçlar. Bu alışveriş ise hem metni hem de okuyucuyu/yorumcuyu değişikliğe uğratar. <sup>33</sup> Yine bilinen odur ki, nicel araştırma yöntemlerinden birisi kabul edilen *içerik çözümlemesi/söylem analizi* metodunun da temeli, sözcüklerin anlamı vasıtasıyla, yazanın felsefesini saptamaktır. <sup>34</sup> Barut ve Odacıoğlu, yalın bir ifade ile temel anlamı, dilbilime ait bir işaretin düz anlamlı, açık veya *ortak algıya sahip* anlamı olarak

<sup>31</sup> “Tüm Zamanların En Efsane 15 Kötü Adam Karakteri ve Aktörleri”, Milliyet Rüya Salık, Erişim Tarihi Ekim 03, 2021, <https://www.milliyet.com.tr/tum-zamanlarin-en-efsane-15-kotu-adam-karakteri-ve-aktorleri-molatik-2536/>.

<sup>32</sup> “Türk Sinemasının 9 Kem Gözlü Kötü Kadın Karakteri”, Hürriyet Anonim, Erişim Tarihi Ekim 03, 2021, <https://www.hurriyet.com.tr/aile/galeri-turk-sinemasinin-9-kem-gozlu-kotu-kadin-karakteri-383954/1>.

<sup>33</sup> Sururi Aktaş, “Hukukta Yorum Çabaları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, C. 15, S. 3-4, s. 2.

<sup>34</sup> Ali Nazım Sözer, “Bilim ve Hukuk”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, C. 20, S. Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, s. 1091 (Dipnot 54).

tanımlamıştır.<sup>35</sup> Türkiye’de kötü sözcüğünün temel anlamı her ne kadar iyi sözcüğünün karşıt anlamına denk düşse de sözcüğün kullanılış şekline yönelik *ortak algı*, amaçlı ve/veya istenen olumsuz fiil ya da durumları nitelediğidir. Kavramsal bu durum, düşüncenin en küçük yapı taşı ve nesnesi olarak, Hume yönünden de insan zihninin bir tasarımıdır.<sup>36</sup> Bu nedenledir ki, zor anlaşılan bir yazarın ya da şairin düşüncesini kavrayabilmek, bir yandan da, *kalemi tutanın çağrışımlarına aşinalık* gerektirir.<sup>37</sup>

Zorunlu tıbbi mesuliyet sigortasının isimlendirilmesinde kötü sözcüğünün hangi amaçla tercih edildiğinin ya da metni oluşturanların zihni tasarımlarının nasıl bu yönde tezahür ettiğinin araştırılmasına yönelik tarihsel veya gai yoruma elverişli olan metinler mevcut değildir. Bu nedenledir ki tercihin temeli hakkında ancak bazı yorumlar yapılabilir.

Bu tercihin kökeni, Eckardt’ın söylemi ile<sup>38</sup>, hukukçular ile sade vatandaşlar arasındaki *dil bariyerinin kaldırılması* ise biz bu kaldırılışın *hatalı* sözcüğü ile de başarılabilceğini düşünmekteyiz. Tercihin kökeni metni hazırlayanların tabiilerin kötülük yaptıklarına yönelik önyargıları ya da bu yöndeki felsefi düşünceleri ise bu yöndeki gerçeklik, ancak ve ancak, metni isimlendirenlerle yapılacak mülakatlarla ortaya çıkarılabilir ki bu da hukuki, sosyal ya da psikolojik araştırma ajandalarına dâhil edilebilecek bir konudur. Tercihin nedeni dikkatsizlik ve özensizlik ise tabiilerin dikkatsiz ve özensiz müdahalelerine yönelik

<sup>35</sup> Evren Barut ve Mehmet Cem Odacıoğlu, “Anlambilim Teorilerindeki Temel ve Yan Anlam Kavramları ve Anlambilim-Çeviribilim İlişkisi”, *Tarih Okulu Dergisi*, 2018, C. 11, S. XXXIII, s. 939.

<sup>36</sup> David Hume, İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme, Çeviren Ergün Baylan, Ankara, Bilgesu Yayıncılık, 2009, s. 17. Öte yandan, makalemizin konusu ile de dolaylı ilişkisi olabileceğini öngördüğümüz, Hume’un sevgi ve nefrete yönelik deneylerini içeren bir makale için Bkz. Güröl Zırhloğlu, “David Hume’un Sevgi ve Nefret Konusuna İlişkin Deneyleri”, *Felsefe Dünyası Dergisi*, 2021, C. Yaz, S. 73, s. 245-266.

<sup>37</sup> “Esasen, salt bir sözcük gibi görülse de her bir sözcüğün metin içindeki anlamını kavramak, metin ile okuyucu ve doğal sonucu olarak yorumcu arasında bir bilgi alışverişini de sonuçlar. Bu alışveriş ise hem metni hem de okuyucuyu/yorumcuyu değişikliğe uğratar. Öte yandan, bir gazetenin siyasi eğiliminin ya da bir şairin sanat yaklaşımının ne yönde olduğu da metinlerde mevcut iletilerin; anlambilim, söz dizini (sentaks) ve göstergebilim (semyoloji) bakımından değerlendirilmesi ile de ortaya konulabilir.” şeklindeki görüş için Bkz. Aktaş, “Hukukta Yorum Çabaları”, s. 2.

<sup>38</sup> Birgit Eckardt, *Fachsprache als Kommunikationsbarriere*, Wiesbaden, Deutscher Universitäts-Verlag GMBH, 2000, s. 8-9.



düzenleme kaleme alanların da mesleklerini icra ederken dikkatli ve özenli olmasını temenni etmek durumundayız. Şayet tercihin nedeni hukukla uğraşanların Türk Dili'ne yönelik yetersizlikleri ise, bu ahvalde, hukuk eğitimine giriş aşamasında ve/veya eğitim sürecinde Türk Dili'ne yönelik eksikliklerin tamamlanması hususunda görevli ve yetkili idarelerin Millî Eğitim Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulu olduğunu hatırlatmak durumundayız.

### C. AHLAK VE HUKUK ALANLARINDA KÖTÜ SÖZCÜĞÜ

Bilgisiz bir hâlde uygulamaya geçilmesi son derece sakıncalı bir yaklaşımdır. Ancak bilgisizliğin sakıncası sınanmadan önce bilginin türlerine de göz atmak gerekir ki bilgi konuşulurken bilgisiz kalınılmasın. Genel kabule göre üç tür bilgi mevcuttur ki bunlar gündelik, bilime ait ve felsefeye ait bilgi olarak tasnif edilir. Gündelik bilgi; kişi temelli, gelişigüzel, dağınık, rastlantısal ve doğruluğu da *sıklıkla geçerli olabilen* bilgi olarak tanımlanır. Bilimsel bilgi, belli yöntem/ler izlenerek elde edilir; sistematik, kolektif, objektif ve evrenseldir. Felsefi bilgi ise, varlığı, tümel olarak derinliğine ve tüm boyutlarıyla incelemeyi amaçlamıştır.<sup>39</sup> Esasen *bilgi*, en nihayetinde, *felsefi bir bakış talep eder; zira bilginin doğuşu felsefedendir*. Bilginin, gündelik, bilimsel ya da felsefi alanda bırakılması, bilgiyi sunan ile bilgiyi alanın kişisel tercihi olabildiği gibi, mesleki alanlarla da ilgili olabilir. Teknik bilgi, sanat bilgisi, dini bilgi mesleki alan temelinde yapılan bir tasniftir. Örneğin tıbbın, bilimden ziyade bilimleşmiş bir sanat, teknik bir disiplin, yani fen olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır.<sup>40</sup>

Felsefe ise klasik olarak ontoloji yani varlık felsefesi, epistemoloji yani bilgi felsefesi ve aksiyoloji yani değer felsefesi<sup>41</sup> olarak üç bölüm-

<sup>39</sup> Niyazi Öktem ve Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, İkinci Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2001, s. 14-19; Sözer, "Bilim ve Hukuk", s. 108.

<sup>40</sup> Ali Haydar Bayat, *Tıp Tarihi, Genişletilmiş 3. baskı*, İstanbul, Merkezefendi Geleceksel Tıp Derneği Yayınları, 2016, s. 16.

<sup>41</sup> Değer/ler teorisi, aksiyolojik etik, iyi teorisi şeklinde isimlendirmeler de kullanılmaktadır. Sırasıyla Bkz. Joel J. Kupperman, "Axiological Ethics", *The Oxford Companion to Philosophy* içinde 73-74 Editör Ted Honderich, New Edition, New York, Oxford University Press, 2005, s. 73-74; Thomas Hurka ve David Copp, "Value Theory", *The Oxford Handbook of Ethical Theory* içinde 357-379 Editör David Copp, Oxford, Oxford University Press, 2006, s. 357; Kupperman, "Axiological Ethics", s. 73.



de incelenir. Öktem ve Türkbağ'ın vurguladığı üzere, günlük yaşantımız daha ziyade felsefenin aksiyoloji dalı ile ilişkilidir ve hukukçu da politikacı da iletişimci de her gün felsefenin aksiyoloji alanında yer almaktadırlar.<sup>42</sup> Kılıoğlu, ahlaki fiillerin özerkliğinden hareket eden teorileri değerler felsefesi yani aksiyoloji olarak tanımlamakta ve *felsefe dışındaki sair bilimlerin iyilik ve kötülük kavram ve olgularına yer vermediğini* daha açık bir şekilde vurgulamaktadır.<sup>43</sup> Kant, aksiyolojiyi incelediği eserinde şu ifadeyi kullanmıştır: “Günümüzde, hakikatin bilgiyle temsil edildiği, *iyi'nin duyguyla algılandığı, bunların birbiriyle karıştırılmaması gerektiği kavranmaya başlanmıştır*”.<sup>44</sup> Şu hâlde, burada sorgulanması gereken durum, kötü tıbbi uygulama ifadesinde yer bulan kötü sözcüğünün hukuk bilimine ait bir terim mi, yoksa iyinin karşıtı olarak ahlaki bir değer mi olduğu meselesidir. Bize göre ve Kant'a atfederek *iyi*, duyguyla algılanan ahlaki bir değerdir. Bu ahvalde *kötü* ise iyi olmayan bir ahlaki değerdir ve yine duyguyla algılanır. Oysa hukuk, adalet sorunuyla ilgilenirken de sosyal olguya yönelirken de, somut normlarla iş görür.

Roma Hukuku'ndan gelen *bona fides*, günümüzde, iyi niyet ve dürüstlük kuralını/hasletini bünyesinde barındıran ve geniş yorumlanan bir kavramdır. *Bona fides* öyle bir kavramdır ki, hâlen, Alman ve Fransız öğretisinde ahlaki bir standart mı, yoksa de lege ferenda hukuk ilkesi mi olduğu dahi tartışılmaktadır.<sup>45</sup> İngiliz ve Amerikan hukukunda ise *bona fides* yani *good faith* dışlayıcı bir kural olarak görülmekte olup, heterojen bir hâlde bulunan tüm *mala fides* yani *kötü niyet* hâllerinin dışlanması suretiyle ulaşılabilen bir bilinç yapısını işaret etmektedir.<sup>46</sup> İyi *niyet* kavramının evrensel hukuk sistemlerinde varlığını analiz etmek makalenin sınırlılıklarındandır, ancak, *bona fides* olarak Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde de, *good faith* şeklinde farklı bir ifade ile Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi'nde de *dürüstlük* ve *sadakatla* ilişkili olduğu muhakkaktır.

<sup>42</sup> Öktem ve Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s. 6.

<sup>43</sup> İsmail Kılıoğlu, *İnsan ve Değerler Kavramı Açısından Ahlâk ve Hukuk*, İstanbul, Büyüyenay Yayınları, 2020, s. 160,173.

<sup>44</sup> François Gregoria, *Büyük Ahlak Doktrinleri, Çeviren Cemal Süreya*, İstanbul, Varlık Yayınları, 1971, s. 38.

<sup>45</sup> Talya Şans Uçaryılmaz, “Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek *Bona Fides* İlkesi”, *Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi*, Ankara, 2018, s. 3.

<sup>46</sup> Uçaryılmaz, “Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna”, 80.

*Vir malus*'un yani *kötü adam*'ın zıttı olarak kullanılan *vir bonus*, Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde iyi ve kötü olgusundan ziyade, nobilitas yani asalet ile ilişkilendirilmiş olup, bu değer ölçütü *asil bir insanın* hâli şeklinde algılanmıştır.<sup>47</sup> Bu hâllerin davranış biçimine yönelmesi ise *dolus bonus* ve *dolus malus* olmak üzere iki şekilde ele alınmıştır. Bunlardan ilki yani *dolus bonus*, bona fides ile aykırılık teşkil etmeyen durumları işaret ederken, *dolus malus* ise karşı tarafı aldatmaya yönelik her türlü kurnaz, kötü niyetli, dürüstlük kuralına uymayan davranışı temsil etmiştir.<sup>48</sup>

Görülen odur ki, Roma Hukuku'nda ve mevcut hukuk sistemlerinde, kötü sözcüğü, dürüstlük ve iyi niyet kavramlarıyla ilişkilidir. Niyette (Intention *İng./* Absicht *Alm./* Intention *Fra.*) olan bir kötülük ise, duraksamaksızın, *istenen bir iradede* köken alır. Makale'nin bu bölümünde Türk kanunlarında kötü sözcüğünün kullanım şeklini analiz edeceğiz.

## D. TÜRK KANUNLARINDA KÖTÜ SÖZCÜĞÜ

### 1. Temel Kanunlar Açısından

*Kötü* sözcüğü T.C Anayasası kaynağında incelendiğine; 14. maddede hak ve/veya yetkiler, 58. maddede alışkanlıklar ve 24. ile 76. maddelerde din ve/veya inanç bağlamında kullanıldığı görülmektedir.

*Kötü* sözcüğü Oviedo Sözleşmesi kaynağında incelendiğine, dibaccede, "*Biyoloji ve tıbbın kötüye kullanılmasının, insan onurunu tehlikeye sokacak eylemlere neden olacağıının bilinciyle*" söz dizisinde bir kez geçmektedir. Sözleşme'nin İngilizce metnindeki kullanım şekli "*Conscious that the misuse of biology and medicine may lead to acts endangering human dignity*", Fransızca metnindeki kullanım şekli ise "*Conscients des actes qui pourraient mettre en danger la dignité humaine par un usage impropre de la biologie et de la médecine*" şeklindedir. Oviedo Sözleşmesi içeriğinde incelendiğinde mis-, impropre ya da kötüye zarflarından hangisi ile nitelenir olursa olsun, ortada, -use, usage ya da kullan- şeklindeki fiil köklere atıf bulunmaktadır. Kullanmak fiili, duraksamaksızın, sonu-

<sup>47</sup> Uçaryılmaz, "Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna", s. 92.

<sup>48</sup> Uçaryılmaz, "Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna", s. 161.

cun istendiği bir hareketi işaret eder. Öyle ki kullanmak sözcüğü TDK Sözlüğü'nde ve temel anlam olarak, “bir şeyden belli bir amaçla yararlanmak” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>49</sup>

Kötü sözcüğünün niteleyici ve nitelenen esasında bağlamı, Türk Hukuku'nun ana kanunları ya da temel kanunları<sup>50</sup> açısından, maddeler vurgulanarak analiz edildiğinde, sözcüğün üç şekilde kullanıldığı görülür. Birinci durum *kötüniyet* şeklinde birleşik isim, ikinci durum ise *kötüye kullanmak* hâli ile birleşik fiil şeklindedir. Üçüncü kullanım şekli ise kötü sözcüğüne ek getirilmesi vasıtasıdır.

Türk temel kanunlarını ve sağlıklı ilişkili kanunları kötü sözcüğü bağlamında bir analize tabi tutarsak ise şu sonuçlara ulaşırız:

Kötü sözcüğünün birleşik isim ya da bileşik fiil hâline getirilmeden, sekiz kullanım şekli mevcuttur. Bunlardan iki durum kötü köküne *-leşme* ve *-lük etmek* eklerinin getirilmesi ile kullanılmaktadır. Diğer altı kullanım şekli ise *kötü alışkanlık*, *kötü muamele*, *kötü davranış*, *kötü yönetim*, *kötü yaşama tarzı* ve *kötü tıbbi uygulama* şeklindedir.

Tıbbi kötü uygulamaya denk düşebilme olasılığı olan *kötü muamele* söz öbeği, Türk Ceza Kanunu'nun 232/1. maddesinde, aile düzenine karşı suçların düzenlediği bölümde, “Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde kullanılmaktadır. Kötü muamele, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK), koruma tedbirlerinin düzenlendiği dördüncü kısımda yakalama ve gözaltıya yönelik birinci bölümde ve CMK'nın 232. maddesine atfen 91/4-b-10. maddesinde mevcuttur.

Yine tıbbi kötü uygulamaya denk düşebilme olasılığı olan *kötü davranış* söz öbeği, Türk Medeni Kanunu'nun 162. maddesinde boşanma sebepleri düzenlenirken hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış şeklinde yer bulmuştur. Kötü davranışın yer bulduğu bir başka ana

<sup>49</sup> “Kullanmak”, TDK Güncel Türkçe Sözlük, Erişim Tarihi: Haziran 17, 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

<sup>50</sup> Ana kanun şeklindeki kullanım yönünden Bkz. Şeref İba, “Ülkemizde ‘Torba Kanun’ ve ‘Temel Kanun’ Uygulamaları”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, S. 1, s. 198; Temel kanun şeklindeki kullanım yönünden Bkz. Hacı Kara, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, S. 107, s. 353-354.

kanun ise ifade alma ve sorguda yasak usullerin, “Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, *cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapamaz.*” şeklinde düzenlendiği CMK’nın 148/1. maddesidir.

Tıbbi kötü uygulamaya denk düşebilme olasılığı olan *kötü yönetim* söz öbeği ise TMK’nın vesayet hükümlerinin düzenlendiği 406., 409., 475., 483. ve 555. maddelerinde malvarlığına atfen kullanılmaktadır. Daha da önemlisi kötü sözcüğü salt hâli ile Kanun’un 2. maddesinde “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*” şeklinde kullanılmaktadır ki bu ifade ile ve kişiler arası ilişkiler bakımında kötülük, duraksamaksızın, iradi bir fiilden hâsıl olur.

## 2. Sağlıkla İlişkili Kanunlar Açısından

Kötü sözcüğünün, sağlığa ilişkin sair kanunlarda mevcudiyetinin saptanmasında, ilkin, bu kanunların neler olduğunu incelemek gerekmektedir. T.C. Sağlık Bakanlığı’nın (TCSB) 2019-2023 Stratejik Planı’nda,<sup>51</sup> Sağlık Bakanlığı’nın görev alanına ilişkin 31 adet kanun saymak suretiyle belirlenmiştir. Bu kanunlardan 26’sında kötü sözcüğü geçmemektedir.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> “2019-2023 Stratejik Planı Güncellenmiş Versiyon 2022”, T.C Sağlık Bakanlığı, Erişim Tarihi: Ocak 10, 2022, <https://sgb.saglik.gov.tr/Eklenti/35748/0/tc-saglik-bakanligi-2019-2023-stratejik-plani-guncellenmis-versiyonupdf.pdf>.

<sup>52</sup> Kötü sözcüğü geçmeyen kanunlar şunlardır: 209 numaralı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun, 663 numaralı Sağlık Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 224 numaralı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, 992 numaralı Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanunu, 1593 numaralı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 2238 numaralı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, 2548 numaralı Gemi Sağlık Resmi Kanunu, 3153 numaralı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun, 3294 numaralı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu, 3359 numaralı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, 4207 numaralı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun, 4703 numaralı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun, 4924 numaralı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hak-

TCSB'nin sağlıkla ilişkili olarak vurguladığı kanunlardan, içeriğinde kötü sözcüğü geçen düzenlemelerin, genel olarak, meslek mensuplarına yönelik metinler<sup>53</sup> olduğu saptanmıştır ve bu kanunlar aşağıda listelenmiştir:

1. Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Kararname Numarası: 4)
2. 1219 numaralı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
3. 3224 numaralı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu
4. 5996 numaralı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu
5. 6197 numaralı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun
6. 6569 numaralı Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığının (TÜSEB) Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Yukarıda saymak suretiyle vurgulanan kanunlar incelendiğinde, kötü sözcüğü, görevi kötüye kullanmak bağlamında 6569 numaralı Kanun'un geçici 70. maddesinde, inancı kötüye kullanmak bağlamında 4 numaralı Kararname'nin 200/3-c maddesinde, mali kaynakları kötü kullanmak bağlamında yine 4 numaralı kararnamenin 101/1. ve 203/2. maddelerinde geçmektedir. Kötü sözcüğü, güveni kötü kullan-

---

kında Kanun, 5193 numaralı Optisyenlik Hakkında Kanun, 5258 numaralı Aile Hekimliği Kanunu, 5283 numaralı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun, 5324 numaralı Kozmetik Kanunu, 5368 numaralı Verem Savaşı Hakkında Kanun, 5510 numaralı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 5624 numaralı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu, 6023 numaralı Türk Tabipler Birliği Kanunu, 6283 numaralı Hemşirelik Kanunu, 6428 numaralı Sağlık Bakanlığınca Kamu-Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 6643 numaralı Türk Eczacıları Birliği Kanunu, 7402 numaralı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun.

<sup>53</sup> Aynı amacı haiz olan 5193 numaralı Optisyenlik Hakkında Kanun, 5258 numaralı Aile Hekimliği Kanunu, 5324 numaralı Kozmetik Kanunu, 5624 numaralı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu, 6023 numaralı Türk Tabipler Birliği Kanunu, 6283 numaralı Hemşirelik Kanunu, 6643 numaralı Türk Eczacıları Birliği Kanunu ise kötü sözcüğü ihtiva etmemektedir.

ma bağlamında ise 1219 numaralı Kanun'un 28. ve 45. maddelerinde, 3224 numaralı Kanun'un 33/e maddesinde, 5996 numaralı Kanun'un 10/B-1. maddesinde ve 6197 numaralı Kanun'un 4/1. maddesinde geçmektedir.

Kötü sözcüğünün, makalemizin konusu bağlamında bir tıbbi uygulamayı işaret eder hâli ise, 1219 numaralı kanunun Ek-12. maddesinde, “*Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Bu sigorta priminin yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır*” şeklindeki ilk iki paragrafta mevcuttur.

Sağlıkla ilişkili kanunlar açısından analiz ettiğimizde, kötü sözcüğünün, iradi bir fiilden hâsıl olduğu saptanır, ne zaman ki bu fiil dikkatsizlik ve özensizlik gibi neticenin istenmediği bir hâli işaret eder, işte o zaman, Makale konusu sigortaya yönelik kullanılır hâle gelir.

## E. EVRENSEL VE YEREL TIBBİ METİNLERDE İYİ VE KÖTÜ SÖZCÜKLERİ

Kötü sözcüğünü, tıbbi metinlerdeki kullanım şekliyle de inceleyebiliriz. Sözcüğe dünya ölçeğinde baktığımızda ise değerlendirilmesi gereken *iyi tıbbi uygulamalar* ya da özgün dildeki hâli ile *good medical practice* şeklindeki ifadedir. Örneğin, İngiltere Tıp Konseyi<sup>54</sup> ve Yeni Zelanda Tıp Konseyi<sup>55</sup> tarafından iyi tabip; hastalarını önceleyen, yetkin, bilgi ve becerisi güncel, hasta ve meslektaşları ile iyi ilişkiler ku-

<sup>54</sup> General Medical Council, Good Medical Practice, Manchester, General Medical Council Publications, 2013, s. 4.

<sup>55</sup> “Good Medical Practice”, Medical Council of New Zeland, Erişim Tarihi: Aralık 29, 2021, <https://www.mcnz.org.nz/assets/standards/b3ad8bfba4/Good-Medical-Practice.pdf>.



ran, güvenilir, dürüst, hukuka uygun ve *doğru* hareket eden meslek erbabı şeklinde tanımlanmıştır. Ancak bu konuya yönelik hazırlanan her iki kitapta da kötü anlamına gelen *bad* sözcüğü mevcut değildir. İyi tıbbi uygulamalar hakkında 622 sayfalık kitap incelendiğinde, *bad* yani kötü sözcüğünün on iki kez geçtiğini ve sekiz kullanımın *bad news* yani *kötü haber* şeklinde olduğu görülür.<sup>56</sup> Geri kalan dört kullanım ise açıkça etikle ilişkili durumları işaret etmektedir. Bahse konu kitabın hukuka ait bölümlerinde *bad* sözcüğü geçmemektedir. Avrupa Birliği *good medical practice* ifadesini tıbbi etik konusu olarak ele almaktadır.<sup>57</sup> ABD’de<sup>58</sup> ve Avrupa Birliğinde<sup>59</sup> ise *good clinical practice* ile işaret edilen, açıkça, bilimsel çalışma etiğidir. Avrupa Birliği çalışmalarının-

<sup>56</sup> Kerry J. Breen, Stephen M. Cordner ve Colin J. H. Thomson, *Good Medical Practice Professionalism, Ethics and Law*, 4th Edition, Kingston, Australian Medical Council Limited, 2016, s. 1-14.

<sup>57</sup> 37 maddeden oluşan Avrupa Medikal Etik İlkeleri’nin giriş metni “This text contains the most important principles aimed at inspiring the professional conduct of doctors, in whatever branch of practice, their contacts with patients, with society and between themselves. It also refers to the specific situation of doctors, upon which good medical practice depends. The conference recommends that the medical professional associations in each member state of the European Community take such measures as may be necessary to ensure that their national requirements relating to the duties and rights of doctors regarding their patients and society, and in their professional relationships, conform with the principles set out in this text, and to take all useful measures to ensure that the legislation in their country allows the efficient implementation of these principles.” şeklindedir. Bkz. “Principles of European Medical Ethics”, European Council of Medical Orders, Erişim Tarihi: Aralık 29, 2021, <http://www.ceom-ecmo.eu/en/view/principles-of-european-medical-ethics>.

<sup>58</sup> “FDA regulates scientific studies that are designed to develop evidence to support the safety and effectiveness of investigational drugs (human and animal), biological products, and medical devices. Physicians and other qualified experts (“clinical investigators”) who conduct these studies are required to comply with applicable statutes and regulations. These laws and regulations are intended to ensure the integrity of clinical data on which product approvals are based and to help protect the rights, safety, and welfare of human subjects.” şeklindeki özgün dildeki ifade için Bkz. “Good Clinical Practice”, U.S. Food and Drug Administration, Erişim Tarihi: Aralık 29, 2021, <https://www.fda.gov/about-fda/center-drug-evaluation-and-research-cder/good-clinical-practice>.

<sup>59</sup> “Good clinical practice is an international ethical and scientific quality standard for designing, recording and reporting trials that involve the participation of human subjects. Compliance with this standard provides public assurance that the rights, safety and wellbeing of trial subjects are protected and that clinical-trial data are credible.” şeklindeki özgün dildeki ifade için Bkz. “Good Clinical Practice”, European Medicines Agency, Erişim Tarihi: Aralık 29, 2021, <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/research-development/compliance/good-clinical-practice>.



da *good manufacturing practice* ile işaret edilen ise tıbbi üretim hususudur.<sup>60</sup> Dünya Tıp Birliği tarafından yayınlanan Helsinki Bildirgesi'nde *good medical practice*, *bad medical practice*, *malpractice* ifadeleri geçmektedir.<sup>61</sup> Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'nun konuya ilişkin kılavuzunda, *iyi klinik uygulama*, "Araştırmaların uluslararası bilimsel ve etik standartlarda yapılmasını sağlamak amacıyla araştırmanın tasarlanması, yürütülmesi, izlenmesi, bütçelendirilmesi, değerlendirilmesi ve raporlanması, gönüllünün tüm haklarının ve vücut bütünlüğünün korunması, araştırma verilerinin güvenilirliğinin sağlanması, gizliliğinin muhafaza edilmesi gibi konular hakkındaki düzenlemeleri kapsayan ve araştırmaya iştirak eden taraflarca uyulması gereken kurallardır" şeklinde açıklanmıştır.<sup>62</sup>

## II. İKİNCİ TARTIŞMA: TIBBİ UYGULAMA HATALARI SADECE TABİPLERE Mİ MAHSUSTUR?

### A. GENEL OLARAK ZORUNLU SİGORTALAR

Sigorta, 5684 numaralı Sigorta Kanunu'nun (SK) gerekçesinde de yer bulduğu üzere, farklı rizikoları teminat altına almak amacıyla toplumun hemen hemen tamamını ilgilendiren teknik ve ekonomik bir faaliyettir.<sup>63</sup> Türkiye'de sigortacılık faaliyetleri her ne kadar 1926 yılından itibaren mevcut olsa da özellikle zorunlu sigortalar hususunda

<sup>60</sup> "Good Manufacturing Practice", European Medicines Agency, Erişim Tarihi: Aralık 29, 2021, <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/research-development/compliance/good-manufacturing-practice>

<sup>61</sup> "WMA Declaration of Helsinki- Ethical Principles For Medical Research Involving Human Subjects", World Medical Association, Erişim Tarihi: Ocak 06, 2022, <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for-medical-research-involving-human-subjects/>.

<sup>62</sup> "İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu", Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu, Erişim Tarihi: Aralık 29, 2021, [https://titck.gov.tr/storage/Archive/2020/legislation/KADKLVZ01IKU13.11.2015Rev08\\_13ac0133-274b-44dc-98cd-33998758cc72.pdf](https://titck.gov.tr/storage/Archive/2020/legislation/KADKLVZ01IKU13.11.2015Rev08_13ac0133-274b-44dc-98cd-33998758cc72.pdf).

<sup>63</sup> "Çok çeşitli rizikoları teminat altına alması nedeniyle sigorta, toplumların hemen hemen tüm kesimlerini ilgilendiren teknik ve yaygın bir ekonomik faaliyetin konusunu teşkil eder. Diğer taraftan, ekonomik gelişmeye uzun vadeli fon yaratması, ülke tasarruf kapasitesini artırması nedeniyle sigortacılık aynı zamanda önemli bir finansal hizmet görevini de üstlenmiş durumdadır. Bu noktada, sigortacılığın kendine has karmaşık tekniğinin işleyişinde ortaya çıkacak pürüzleri bertaraf etme ve toplumun refah ve istikrarına katkıda bulunmasına yardımcı olma gibi zorunluluklar çerçevesinde sektörün ekonomik faaliyet alanının düzenlenmesi ve etkin bir şekilde denetlenmesi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır." şeklindeki ifade için Bkz. "Sigortacılık Kanunu Tasarısı Genel Gerekçesi", Türkiye Büyük Millet Meclisi, Erişim Tarihi: Aralık 31, 2021, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1364m.htm>.

evrensel boyuttaki düzey ve düzenine yaklaşma 2007 yılındaki kanunla sağlanmıştır.<sup>64</sup> Anılan kanuna müteakip yürürlüğe konulan düzenleyici işlemlerle de mevzuat oluşmuştur.

Hukuki nitelik açısından sigorta sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sinallagmatik bir sözleşme türüdür. Sözleşmenin tarafları sigortalanan ile sigorta şirkettir. Mesleki mali sorumluluk sigortalarda sigortalanan meslek erbabı bir gerçek kişi, sigortalayan ise sigorta

<sup>64</sup> Osmanlı İmparatorluğu'ndan Türkiye Cumhuriyeti'ne kapsamlı bir sigortacılık mevzuatı intikal etmemiştir. 1926 yılından başlayarak Cumhuriyetin gerek özel sigorta sözleşmesi ve gerekse sigorta denetim hukukunda zaman zaman uygulamaya koyduğu kanuni düzenlemeler, geniş bir sigortacılık faaliyetinin gerektirdiği toplumsal ve ekonomik durumun o tarihlerde oluşmaması nedeniyle, sigortacılığın gelişmesine katkıda bulunamamıştır. 1996-2000 dönemini kapsayan Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı'na kadar uygulanan altı adet kalkınma planına konulan sigortacılıkla ilgili hedeflerin de pek azı gerçekleştirilebilmiştir. Bunda, sigortacılık alanında çok uzun yıllar boyunca korumacı ve müdahaleci bir sistemin katı bir şekilde uygulanması ile pazara girişin önlenmesi ve tarifelerin kamu otoritesi tarafından tespit edilerek rekabet şartlarının yaratılmamasının da önemli etkileri olmuştur. Dolayısıyla az sayıda küçük ölçekli şirketin sınırlı sayıda rizikoya teminat verdiği, aynı ürünü herkesin aynı fiyata ilgililere sunduğu kârlı bir piyasa yapısı oluşmuştur. Toplumun da sigortaya karşı duyarlı olmaması, sigortacılığın gelişimini etkileyen diğer bir unsur olmuştur. 1959 yılından beri yürürlükte olan 7397 numaralı Sigorta Murakabe Kanunu'ndaki temel değişiklikler önce 3379 numaralı Kanun ile 1987 yılında yapılmıştır. Ancak, yapılan değişiklikler hızla gelişen sektörün gerisinde kalmıştır. Sigorta Murakabe Kanunu'nun sektördeki yapı değişikliği için yeterli olmadığına anlaşılması ve sektörün ülke ihtiyaçlarına cevap verecek dinamizmi kazanması husuları, kademeli olarak tarife serbestisine geçildiği 1990 yılından itibaren, yeni bir denetim hukuku çerçevesi çizilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Kanun'daki eksiklikleri gidermek amacıyla hazırlanan ve TBMM'ye sevk edilen Kanun Tasarısı'nın uzayan kanunlaşma sürecinde sorunlara acil çözüm getirmek amacıyla hazırlanan ve 1992 yılında yürürlüğe giren 510 numaralı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3991 numaralı Yetki Kanunu'na bağlı olarak iptal edilmesi ile birlikte, özü itibarıyla 510 numaralı Kanun Hükmünde Kararname'den farklı olmayan 539 numaralı Kanun Hükmünde Kararname 1994 yılında yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak, 539 numaralı Kanun Hükmünde Kararname'nin kanuni dayanağını teşkil eden yetki kanununun 10.02.1995 tarihinde iptali ile 539 numaralı Kanun Hükmünde Kararname'nin ve buna bağlı olarak da değişikliğe uğrayan Sigorta Murakabe Kanunu hükümlerinin iptali olanaklı hâle gelmiştir. Nihayetinde, Sigorta Murakabe Kanunu'nun 20/3-d ve 9. maddeleri ile Acenteler Yönetmeliği'nin 26. ve 27. Maddeleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Ayrıca, mali piyasalarımızın uluslararası piyasalarla bütünleşmesinin sağlanabilmesi için mali piyasalar içinde yer alan sigortacılıkla ilgili düzenlemelerin de Avrupa Birliği ve uluslararası standartlara intibak ettirilmesi de sigortacılık konusunda kanun koyucunun yeni düzenlemelerini talep etmiştir. Bkz. "Sigortacılık Kanunu Tasarısı Genel Gereçesi", Türkiye Büyük Millet Meclisi, Erişim Tarihi: Aralık 31, 2021, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1364m.htm>.

şirketi ya da sigorta adına sözleşme tesisine yetkili acentedir.<sup>65</sup> Sigortalanın borcu prim ödeme, sigortalayanın borcu ise riziko gerçekleştiğinde sigortalanın zararını tazmin etmektir.<sup>66</sup>

Zorunlu sigorta kurumu 5684 numaralı Kanun'un 13. maddesi ile düzenlenmiştir. Zorunlu sigortalar, kamu yararı açısından ve gereklilik dayanağında, Bakanlar Kurulu<sup>67</sup> tarafından ihdas edilmekte ve sigorta şirketleri faaliyet gösterdikleri sigorta dalları kapsamında bulunan sigortaları yapmakla yükümlü tutulmaktadırlar. Zorunlu sigorta kurumu ile gerek konuya dâhil sigortalılar gerekse ilgili dalda faaliyet gösteren sigorta şirketleri bahse konu sigortayı yaptırmaktan imtina edememektedirler. Zorunlu sigorta uygulamalarında temel amaç kamu yararadır ve yarara yönelik sosyal amaçlar ise; millî servetin korunması, toplumda güvenliğin sağlanması ve belirli rizikolara maruz kalanların korunması şeklinde sıralanabilir.<sup>68</sup> Zorunlu sigortalıların ihdası ile bir yandan tehlikeli işletme ve faaliyet sahiplerinin bu faaliyetleri esnasında ortaya çıkabilecek zararlara karşı mali sorumlulukları güvence altına alınmakta, öte yandan zarar görenlerin zararlarının karşılanması suretiyle kamu menfaati korunmaktadır.<sup>69</sup> Hatta denilebilir ki, ihtiyari sigortalardan farklı olarak zorunlu sigortalarda, zarar görenin menfaatinin korunması daha da öndedir.<sup>70</sup>

<sup>65</sup> Rayegan Kender, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*, 14. Baskı, İstanbul, Arıkan Basım Yayın, 2014, s. 142.

<sup>66</sup> Tabiplerin zorunlu mali sorumluluk sigortalarında bu tazmin borcu, poliçe teminat tutarı ve poliçede belirlenmiş mesleki faaliyet alanları kapsamında kalmak şartı ile, mesleki tıbbi hatadan doğan maddi ve manevi tazminat ödemelerini, tazmin edilecek miktara uygulanan faizi ve yargılama faaliyetine ait giderleri içermektedir. Hatalı tıbbi uygulama kaynaklı bir davada husumet tabibe değil, sigorta şirketine yönelmiş ve bir tazminata hükmolünmüş ise, bu hâlde, sigortalının borcunun tazmini durumu söz konusu olmayacak ve borç sigorta şirketinin kendi yükümlülüğü olarak ödenecektir. Bkz. Hacı Kara, "Yargıtay ve Hakem Kararlarına Göre Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021, C. 33, S. 152, s. 262, 265.

<sup>67</sup> Bakanlar Kurulu sözcük öbeği Kanun metnindeki hâli ile kullanılmıştır.

<sup>68</sup> Merih Kemal Omağ, *Özel Sigorta Hukukuna Hâkim İlke ve Kurumlar (1975-2016) Makaleler-Tebliğler*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 148; Mürşit Işık ve Arzu Kan, "Türkiye'de Zorunlu Tarım Sigortalarının Uygulanabilirliği", *Sosyoekonomi*, 2007, S. 2, s. 34.

<sup>69</sup> Bu sigortalar sınırlı sayıda olmayıp sisteme yeni zorunlu sigortalar katılabilir. Bkz. Zekeriyâ Tepedelen, "Zorunlu Sigortalarda Güvence Hesabı", *Yüksek Lisans Tezi*, Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Gaziantep, 2016, s. 15.

<sup>70</sup> Rauf Karasu, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, S. Özel Sayı 2, s. 695.

Türkiye’de zorunlu sigorta kapsamında bulunan sigortalar sadece sorumluluk sigortası olarak değil can ve mal sigortaları olarak da tesis edilmiş durumdadır. Bu zorunlu sigortalardan bazıları; karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası, zorunlu karayolu taşımacılık mali sorumluluk sigortası,<sup>71</sup> zorunlu deprem sigortası, deniz araçları zorunlu mali sorumluluk sigortası, tehlikeli maddeler için yaptırılacak zorunlu sorumluluk sigortası, maden çalışanları zorunlu ferdi kaza sigortası, kıyı tesisleri deniz kirliliği zorunlu mali sorumluluk sigortası, sivil hava araçları üçüncü şahıs mali sorumluluk sigortası, özel güvenlik mali sorumluluk sigortası ve tıbbi kötü uygulamaya karşı zorunlu mali sorumluluk sigortası olarak sayılabilir.

Sözleşme özgürlüğü ki sözleşme yapma mecburiyetinin zıttıdır, bir borç ilişkisine girip girmeme, borç ilişkisine girilecek kişiyi seçme, sözleşmenin içeriğini belirleme gibi unsurları içermektedir.<sup>72</sup> Sözleşme özgürlüğü prensibinin sınırlandırıldığı alanlardan birisi ise sigorta hukukudur ki gerek mülga SMK gerekse SK ile belirli sigortalar zorunlu hâle getirilmiştir. Hatta, SK ile zorunlu sigorta kurumu sorumluluk sigortalarının ötesine taşınmış ve kamu yararı bulunması şartı ile sair sigortaların da zorunlu hâle getirilmesi hususu düzenlenmiştir.<sup>73</sup> Bu durum SK’nun gerekçesinde açıkça yer bulmuştur. Sigorta hukukunda sözleşme özgürlüğü prensibi bir yandan içerik bakımından sınırlamalara da tabi tutulmaktadır.<sup>74</sup> Örneğin, tabipler sadece sigorta yaptırmak mecburiyetinde olmayıp, bu meslek grupları fiili tekel durumunda olduklarından bahisle, şartlar mucibinde sözleşme yaptırmakla da yükümlü tutulmaktadırlar.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> 14.04.2016 tarih ve 6704 numaralı Kanun’la 4925 numaralı Kanun’un 18. maddesi ilga edilerek zorunlu taşıma sigortası yürürlükten kalkmış, taşıma yapan araçlara iki kat teminatlı zorunlu trafik sigortası yaptırma zorunluluğu getirilmiştir. Bu sigortalara sınırlı sayıda olmayıp sisteme yeni zorunlu sigortalar katılabilir. Tepe-delen, “Zorunlu Sigortalarda”, s. 15.

<sup>72</sup> Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 1.7.2021’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yirmibeşinci Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2014, (dipnot) 133; Şaban Kayıhan ve Ömer Bağcı, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 1. basım, İstanbul, Umuttepe Yayınları, 2016, s. 129; Işık ve Kan, “Türkiye’de Zorunlu Tarım Sigortalarının Uygulanabilirliği”, s. 35.

<sup>73</sup> Fatma Dilek Kabukçuoğlu Özer, Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2012, s. 180.

<sup>74</sup> Kayıhan ve Bağcı, Türk Özel Sigorta, s. 129; Merih Kemal Omağ, Banka ve Sigorta Hukuku, 3. baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2009, s. 107.

<sup>75</sup> Genel olarak sözleşme özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırları açısından Bkz. Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku, s. 133-139.

Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesi ile belirlenen sözleşme özgürlüğü prensibi, değer yargıları ve toplumcu düşüncelerdeki gelişmeler ile sınırlanmakta ve devletlerin sosyo ekonomik alandaki ilişkilere müdahalesi gün geçtikçe fazlalaşmaktadır.<sup>76</sup> Zorunlu sorumluluk sigortaları açısından değerlendirdiğimizde, SK'nun 13. madde gerekçesinde<sup>77</sup> de yer bulunduğu üzere, geleneksel toplumdan endüstriyel topluma geçiş süreci içinde, bir takım meslek ve faaliyetlerle uğraşan kişilerin başkalarına verebilecekleri zararların türleri ve nitelikleri giderek artmıştır. Gelişen teknolojiyen, beraberinde getirebileceği muhtemel

<sup>76</sup> Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku, s. 133; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt- 2, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 135.

<sup>77</sup> SK'nın, "Geleneksel toplumdan endüstriyel topluma geçiş süreci içinde, bir takım meslek ve faaliyetlerle uğraşan kişilerin başkalarına verebilecekleri zararların türleri ve nitelikleri giderek artmaktadır. Gelişen teknolojiyen, beraberinde getirebileceği muhtemel riziko ve zararlar nedeniyle vazgeçmek mümkün olmayacağından, zorunlu sorumluluk sigortaları ile hem zarara uğrayan kişilerin zararlarının tazmin edilmesi belli bir ölçüde garanti altına alınmış olmakta, hem de neden oldukları zararı tazmin borcu limitler dahilinde sigortalının üzerinden alınmış olmaktadır. Diğer taraftan, ülkemizde sigortanın yeni yaygınlaşmaya başladığı bilinen bir durumdur. Bu nedenle çeşitli risklerin kamu yararı esas alınarak zorunlu sigorta şeklinde uygulanmasının toplumda güven ve refahı artıracığı ve sigortanın yaygınlaşmasını sağlayacağı da bir gerçektir. Kamu yararı açısından Bakanlar Kurulunun zorunlu sigortalar ihdas edebileceği bu madde ile öngörülmüştür. İlke olarak, zorunlu hale getirilebilecek olan sigortalar, sorumluluk sigortaları olmakla birlikte, istisnai de olsa çeşitli ülke uygulamalarında olduğu gibi mal sigortalarının da zorunlu hale getirilmesinde kamu yararı bulunabilir. Bu nedenle bu Kanunla kaldırılan 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'ndan farklı olarak Bakanlar Kurulu'nca zorunlu hale getirilecek sigortalardaki sorumluluk sigortası sınırlandırılması kaldırılmıştır. İhdas edilecek zorunlu sigortalar mevcut bir sigortanın zorunlu hale getirilmesi şeklinde olabileceği gibi, daha önce uygulanması olmayan bir sigortanın zorunlu olarak uygulanması şeklinde de olabilir. Sigorta sözleşmesinin tarafı olan kişilere getirilen sigorta zorunluluğuna paralel olarak sözleşmenin diğer tarafı olan ve ilgili branşta faaliyet gösteren şirketler için de zorunlu sigortaları yapmaktan imtina edemeyecekleri hüküm altına alınmıştır. Günümüzde zorunlu sigortaların üçüncü kişileri koruma amacı, sigortalıyı koruma amacına göre giderek daha ağırlık kazanmaktadır. Bu noktada kamu menfaatinin ön plana çıktığı bu tür sigortaların denetimini daha etkin bir hale getirebilmek amacıyla bir faaliyetin icrası ya da bir şeyin kullanılması için izin veya ruhsat vermeye ve bunları denetlemeye yetkili mercilere de sigortaların yaptırılıp yaptırılmadığını denetleme, araştırma ve geçerli teminat temin edilene kadar faaliyetin durdurulması yetkisi tanınmıştır. Ayrıca, etkin bir denetimin sağlanabilmesi için, herhangi bir izin veya ruhsatı gerektirmeyen işlemlerde de denetim mercilerinin kapsamını belirlemeye Müsteşarlık yetkili kılınmıştır." şeklindeki 13. madde gerekçesi için Bkz. "Sigortacılık Kanunu Tasarısı Genel Gerekçesi", Türkiye Büyük Millet Meclisi, Erişim Tarihi: Aralık 31, 2021, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1364m.htm>.

riziko ve zararlar nedeniyle vazgeçmek mümkün olmayacağından, zorunlu sorumluluk sigortaları ile hem zarara uğrayan kişilerin zararlarının tazmin edilmesi belli bir ölçüde garanti altına alınmış olunmakta, hem de neden oldukları zararı tazmin borcu, limitler dâhilinde, sigortalının üzerinden alınmış olmaktadır.<sup>78</sup>

Sorumluluk sigortalarının temelini, kişilerin hayatın genel akışı içinde üçüncü kişilere verebilecekleri zararların ekonomik sonuçlarından yani malvarlığında meydana gelmesi muhtemel bir eksilmeye karşı kendilerini korumaya yönelik tedbir alma gayesi oluşturmaktadır.<sup>79</sup> Bu gaye, rizikoya karşı iradi bir taleple gerçekleşebilmenin yanında, bazı özel sorumluluk gerektiren faaliyetlerde/işlerde/mesleklerde ise zorunluluk şeklinde de ortaya çıkmaktadır ve bu özel sorumluluk sigortası alanları da her geçen gün gelişmektedir ve bu nedenle sorumluluk sigortaları kendi içinde ise zorunlu ve ihtiyari olmak üzere ikiye ayrılır.<sup>80</sup>

Sorumluluk sigortaları ileride ortaya çıkması muhtemel zararları önleyebilir olması nedeniyle, sorumlunun, malvarlığındaki azalmayı teminat altına alan bir zarar sigortası ve pasif sorumluluk sigortasıdır ve bu nedenle, sorumluluk sigortası, ihtiyacın karşılanması kriteri açısından yapılan ayırimda zarar sigortalarından pasif sigortasının içinde, rizikonun konusu bakımından yapılan ayırimda malvarlığı sigortalarının içinde yer almaktadır.<sup>81</sup>

Özellikle, sigortaların haksız tazminat taleplerinin bertaraf edilmesi hususundaki görevleri, toplumdaki güvenin artırılması yönünde

<sup>78</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2017, s. 475; "Sigortacılık Kanunu Tasarısı Genel Gerekçesi", Türkiye Büyük Millet Meclisi, Erişim Tarihi: Aralık 31, 2021, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1364m.htm>.

<sup>79</sup> Samim Ünan, *İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko*, İstanbul, Beta Yayınları, 1988, s. 8; Fatih Ölmez, "İşveren Sorumluluk Sigortası", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, C. 22, S. 3 Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 2132; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. baskı*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 301.

<sup>80</sup> Kabukçuoğlu Özer, *Sigortacılık Kanunu Şerhi*, s. 180; Ölmez, "İşveren Sorumluluk Sigortası", s. 2132.

<sup>81</sup> Kara, "Yargıtay ve Hakem Kararlarına Göre", s. 260; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Sigorta Hukuku*, s. 301.



de işlev görmektedir.<sup>82</sup> Sigortalanın malvarlığında ortaya çıkabilecek eksilmelere karşı güvenceyi tesis eden mali sorumluluk sigortası alanlarından birisi de tıbbi uygulamalar olup, sigortalınması zorunlu olan meslek grubu ise tabiplerdir. Sorumluluk sigortalarında her ne kadar sınırsız teminatlar söz konusu olabilse de ödenebilir azami tutar uygulaması sigorta ürününün ticari niteliğinden olarak ortaya çıkan bir durumdur.<sup>83</sup>

## B. SAĞLIK MESLEK MENSUPLARI KİMLERDİR?

### 1. Meslek Erbabı Kimdir?

Meslek, belli bir eğitim ile kazanılan sistemli bilgi ve becerilere dayalı, insanlara yararlı mal üretmek, hizmet vermek ve karşılığında para kazanmak için yapılan, kuralları belirlenmiş iş olarak tanımlanmıştır.<sup>84</sup> Meslek olarak tanımlanmış kazanç sağlama amacıyla iş yapan kişiye profesyonel,<sup>85</sup> erbab veya meslek uzmanı denilmektedir. Meslek uzmanı, görevini yaparken, başarıyla tamamladığı eğitim aşamasında edindiği bilgiye dayanarak karar veren ve eylemde bulunan, kendisinden hizmet alanların da bu karara güvendikleri kişidir.<sup>86</sup>

Abraham Flexner'e göre mesleki uzmanlık; çoğunluğu zihinsel işlerin kişisel sorumlulukla gerçekleştiği, temel bilgilerin araştırmalarla yenilendiği ve geliştirildiği, teorik ve pratik unsurlar içeren, eğitiminin uzmanlık gerektirdiği, meslektaşların güçlü bir örgütlenme bilincinde olduğu ve üyelerinin hem mesleki örgüte hem de topluma karşı özgeci tutumlarını gerektiren bir yapıdır.<sup>87</sup> Richard Hall'a göre mesleki

<sup>82</sup> Kemal Şenocak, *Mesleki Sorumluluk Sigortası*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2000, s. 141.

<sup>83</sup> Sözleşmede, mutlaka, bir sigorta bedelinin kararlaştırılması gerekmez. Sigortacı "sınırsız" olarak da teminat sağlayabilir. Sigortacının sorumlu olacağı en yüksek tutarın belirlenmesi, sigorta priminin sağlıklı bir biçimde hesaplanabilmesi ve sorumluluk sigortası ürününün "ödenebilir bir prim karşılığında" pazarlanabilmesi amacına hizmet eder. Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi 6. kitap Sigorta Hukuku Cilt II Zarar Sigortaları*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 263.

<sup>84</sup> "Meslek", TDK Güncel Türkçe Sözlük, Erişim Tarihi: Aralık 31, 2021, <https://sozluk.gov.tr/>.

<sup>85</sup> "Profesyonel", TDK Güncel Türkçe Sözlük, Erişim Tarihi: Aralık 31, 2021, <https://sozluk.gov.tr/>.

<sup>86</sup> Editorial, "Professional Negligence", *University of Pennsylvania Law Review*, 1973, C. 121, S. 3, s. 631.

<sup>87</sup> Abraham Flexner, *Is Social Work A Profession: Proceedings of The National Con-*



uzmanlık; meslek standartlarında kalabilme bilincini, mesleğinin toplum için önemli ve gerekli olduğu bilincini, meslek sevgisini, mesleğin meslektaşlar tarafından özdenetime tabi tutulabileceği inancını ve özerk çalışma isteğini gerektirir.<sup>88</sup> Ernest Greenwood'a göre mesleki uzmanlık; teorik bir sistemi, bir hakkı, toplumun kabulünü, etik kodları ve mesleki kültürü gerektiren nitelik temelli bir tanımdır.<sup>89</sup> Cyril Houle'e göre mesleki uzmanlık; örgün eğitimi, akreditasyonu, alt kültür oluşumunu, kanunlara uygunluğu, kamuoyu tarafından kabulü, etik davranmayı, örgüte yönelik disiplin kontrolünü, meslektaş ve hizmet alanlarla ilişki içinde olmayı talep eder.<sup>90</sup> Şu hâlde, devletlere göre farklılıklar göstermek ve sayıları pek tabii olarak çoğaltılabilmekle birlikte bazı meslekler; avukatlık, danışmanlık, din adamlığı, diş tabipliği, eczacılık, eğiticilik, emlakçılık, gazetecilik, hâkimlik, hemşirelik, mimarlık, muhasebecilik, mutemetlik, mühendislik, müşavirlik, pilotluk, psikologluk, sigortacılık, tabiplik, teknisyenlik, yayımcılık olarak sıralanabilir.

Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) tarafından oluşturulan Uluslararası Standart Meslek Sınıflaması (USMS), meslekler hakkında uluslararası iletişimi kolaylaştırabilmek, mesleki verileri bilimsel veri hâline dönüştürebilmek ve oluşturulmuş standartların global ölçekte kullanımına olanak sağlamak yönünde önemli bir yapıdır.<sup>91</sup> UÇÖ'de, mesleklerin standartlaştırılması çalışmaları kuruluş yıllarında başlamıştır. Özellikle 1952 yılında hazırlanan ve 1954 yılında geçici onay alan liste önemlidir. Bahis konusu liste 1958 yılında onaylanmıştır. Uluslararası Standart Meslek Sınıflaması (USMS-58/ISCO-58) olarak bilinen standart bin 700'den fazla mesleği tanımlar.<sup>92</sup>

ference of Charities and Correction, Chicago, The Hildmann Printing Company, 1915, s. 577; Barbara W. White, Karen M. Sowers ve Catherine N. Dulmus, *The Profession of Social Work*, New Jersey, John Wiley & Sons Inc., 2008, s. 82.

<sup>88</sup> Richard H. Hall, "Professionalism and Bureaucratization", *American Sociological Review*, 1968, C. 33, S. 1, s. 93; William E. Snizek, "Hall's Professionalism Scale: An Empirical Reassessment", *American Sociological Review*, 1972, C. 37, S. 1, s. 109.

<sup>89</sup> Frank P. Cervone ve Linda M. Mauro, "Ethics, Cultures, and Professions in the Representation of Children", *Fordham Law Review*, 1996, C. 64, S. 4, s. 1975.

<sup>90</sup> Cyril O. Houle, *Continuing Learning in the Professions*, San Francisco, Jossey-Bass Inc., 1980, s. 47.

<sup>91</sup> International Labour Organization, *International Standard Classification of Occupations: ISCO-08 Version 1 Geneva*, ILO Publications, 2012, s. 9.

<sup>92</sup> International Labour Organization, *International Standard Classification of Occupations*, Geneva, ILO Publications, 1958, s. 1-17.

1987 yılında kabul edilen ve onaylanan USMS-88 ise benzer meslekleri gruplayarak, beceri düzeyi ve uzmanlaşma kavramlarını da içermesi nedeniyle öncül standartlardan farklılık arz etmektedir. UÇÖ tarafından 2008 yılında yürürlüğe konulan USMS-08 ise bir önceki sınıflamanın güncellenmesidir.<sup>93</sup> USMS'nin güncellenmesi çalışmalarında önemli nedenlerden birisi de sağlık hizmet sunumunda kapsamın genişlemesidir.<sup>94</sup>

USMS-08'de dört düzeyli bir hiyerarşik sınıflandırma ölçütü ile dört yüz otuz altı meslek grubu sınıflandırılmıştır. Meslekler on ana gruba bölünmüştür. Bu ana gruplar; yöneticiler, meslek uzmanları, teknisyenler ve yardımcı meslek uzmanları, büro işlerinde çalışanlar, hizmet ve satış işlerinde çalışanlar, tarım, su ürünleri ve ormancılık işlerindeki vasıflı çalışanlar, esnaf ve zanaatkarlar, tesis ve makine operatörleri ve montajcılar, nitelik gerektirmeyen meslekler ve silahlı kuvvetlerle ilgili meslekler olarak tanımlanmıştır.<sup>95</sup>

## 2. Dünya Sağlık Örgütü ve Uluslararası Çalışma Örgütü Açısından Sağlık Meslek Mensupları Kimlerdir?

Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) sağlık çalışanlarını, sağlığı geliştirme hedefi ile çalışan kişiler olarak tanımlar. DSÖ genel bir yaklaşımla, tabipler, hemşireler, ebeler, laboratuvar teknisyenleri, halk sağlığı ile ilgilenen uzmanlar, toplum sağlığı çalışanları, eczacılar gibi her türlü önleyici, koruyucu, teşvik ve tedavi edici hizmet üreten sağlık çalışanını, tanımın içine almıştır. Herkesin sağlığı geliştirme yönünden yükümlülüğü olduğu öncülünden yola çıkan DSÖ, esasen bu yaklaşımla, hasta çocuğuna bakan anne gibi somut anlamda tüm ücretsiz bakıcıları da sağlık çalışanı olarak tanımlamıştır.<sup>96</sup>

USMS-88 ve USMS-08 güncellemelerindeki amaçlardan biri olan genişleyen ve kapsamı artan sağlık iş kolunda mesleklerin detaylı sınıflandırılması, sınıflandırmanın DSÖ verilerinde de kullanılabilmesi açısından önemlidir. Ana grup 2 ve ana grup 3'te sırasıyla sağlık

<sup>93</sup> International Labour Organization, ISCO-08 Version 1, s. 5.

<sup>94</sup> International Labour Organization, ISCO-08 Version 1, s. 6.

<sup>95</sup> International Labour Organization, ISCO-08 Version 1, s. 65.

<sup>96</sup> Lincoln Chen vd., Working Together for Health The World Health Report 2006, Geneva, WHO Press, 2006, s. 1.

meslek mensupları ve yardımcı sağlık meslek mensupları tanımlanmıştır.<sup>97</sup> Tıbbi sekreterler yine ana grup 3 altında idari ve özel sekreterlik altında tanımlanmıştır. Sağlık hizmetlerinde kişisel bakım hizmeti çalışanları ana grup 5 altında tanımlanmıştır. Sağlık hizmetleri yöneticileri ile yaşlı bakım hizmetleri yöneticileri ise ana grup 1 altında tanımlanmıştır.

Ana grup 2’de sağlık meslek mensupları; tabip, uzman tabip, hemşire, ebe, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uzmanı, tıp teknisyeni, veteriner tabip, diş tabibi, eczacı, çevre gözetimi uzmanı, iş sağlığı uzmanı, fizyoterapist, beslenme ve diyetetik uzmanı, odyolog, konuşma terapisti, optometrist, optisyen ve başka yerde belirtilmemiş sağlık meslek mensupları olarak tanımlanmıştır. Ana grup 3’te yardımcı sağlık meslekleri mensupları; tıbbi görüntüleme teknisyeni, tıbbi uygulama cihazı teknisyeni, laboratuvar teknisyeni, eczacılık teknisyeni, tıbbi protez teknisyeni, diş protez teknisyeni, ebe yardımcısı, hemşire yardımcısı, geleneksel ve tamamlayıcı tıp yardımcısı, veterinerlik teknisyeni, veteriner yardımcısı, diş tabibi yardımcısı, diş terapisti, tıbbi kayıt ve sağlık bilgi teknisyeni, toplum sağlığı çalışanı, gözlükçü, fizyoterapi teknisyeni, fizyoterapist yardımcısı, tıp yardımcısı, sağlık denetçisi, sağlık denetçisi yardımcısı, ambulans çalışanı ve başka yerde sınıflandırılmamış yardımcı sağlık profesyonelleri olarak yer almıştır.

### 3. Türkiye Mevzuatında Sağlık Meslek Mensupları Kimlerdir?

Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik’te (SMY)<sup>98</sup>, sağlık meslek mensupları ile sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensuplarının iş ve görev tanımları düzenlemiştir. Yönetmelik’in 4/1. maddesinde sağlık meslek mensupları, “*Tabip, diş tabibi, eczacı, hemşire, ebe ve optisyen ile 1219 sayılı Kanun’un ek 13’üncü*

<sup>97</sup> USMS-08’de dört düzeyli bir hiyerarşik sınıflandırma ölçütü ile dört yüz otuz altı meslek grubu sınıflandırılmıştır. Meslekler on ana gruba bölünmüştür. Bu ana gruplar; yöneticiler, meslek uzmanları, teknisyenler ve yardımcı meslek uzmanları, büro işlerinde çalışanlar, hizmet ve satış işlerinde çalışanlar, tarım, su ürünleri ve ormancılık işlerindeki vasıflı çalışanlar, esnaf ve zanaatkarlar, tesis ve makine operatörleri ve montajcılar, nitelik gerektirmeyen meslekler ve silahlı kuvvetlerle ilgili meslekler olarak tanımlanmıştır. International Labour Organization, ISCO-08 Version 1, s. 28, 65.

<sup>98</sup> RG. 22.05.2014, S. 29007.

maddesinde tanımlanan diğer meslek mensupları” şeklinde, sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensupları ise “*Sağlık meslek mensubu olmadığı halde, sağlık hizmet sunumu çerçevesinde özgün görevi olan ve bu alanda çalışan diğer meslek mensupları*” olarak tanımlamıştır. Sağlık meslek mensupları 1219 numaralı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’a, Yönetmelik’te yer aldığı şekli ile işlenmiştir.<sup>99</sup>

Yönetmelik Eki’nde *sağlık meslek mensupları*; tabip, diş tabibi, ebe, hastabakıcı hemşire, optisyen, klinik psikolog, fizyoterapist, odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, anestezi teknisyeni, anestezi teknikeri, tıbbi laboratuvar teknikeri, patoloji teknikeri, tıbbi görüntüleme teknisyeni, tıbbi görüntüleme teknikeri, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknisyeni, tıbbi protez ve ortez teknikeri, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, odyometri teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapi teknikeri, perfüzyonist, radyoterapi teknikeri, eczane teknikeri, iş ve uğraşı terapisti, iş ve uğraşı teknikeri, elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, acil tıp teknikeri, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı, sağlık bakım teknisyeni olarak belirlenmiştir.

Yönetmelik Eki’nde *sağlık meslek mensubu olmadığı hâlde*, sağlık hizmet sunumu çerçevesinde özgün görevi olan ve bu alanda çalışan diğer meslek mensupları ise; psikolog, biyolog, çocuk gelişimcisi, sosyal çalışmacı, sosyal hizmet uzmanı, sağlık eğitimcisi, tıbbi teknoloji, sağlık idarecisi, çevre sağlık teknisyeni, çevre sağlık teknikeri, yaşlı bakım teknikeri, evde hasta bakım teknikeri, tıbbi sekreter ve biyomedikal cihaz teknikeri olarak belirlenmiştir.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik’in 4/g maddesinde, sağlık insangücü ya da sağlık çalışanı, “*Sağlık kuruluşlarında çalışan ve sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden sağlık meslekleri mensuplarının tamamı...*” olarak tanımlanmıştır.<sup>100</sup>

Sağlık Bakanlığı Personeline Karşı İşlenen Suçlar Nedeniyle Yapılacak Hukuki Yardımın Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’te<sup>101</sup> ise “*Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarındaki kadrolu personel, Aile Hekimliği*

<sup>99</sup> RG. 14.04.1928, S. 863.

<sup>100</sup> RG. 05.02.2008, S. 26788.

<sup>101</sup> RG. 28.04.2012, S. 28277.

*Kanunu<sup>102</sup> kapsamında görev yapanlar dahil sözleşmeli personel ve 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 52'nci maddesi kapsamında görev yapan gönüllü ve ücretsiz hizmet veren personel..."* sağlık mensubu olarak tanımlanmaktadır.<sup>103</sup> Adı geçen Yönetmelik, kapsam dâhilindeki sağlık hizmet mensuplarına ve kanuni mirasçılara, sağlık hizmeti sunumları sırasında veya bu görevlerinden dolayı işlenen ceza hukuku konusu suçlar kapsamında yürütülmekte olan işlem ve davalardaki hukuki yardımı çerçevelendirmektedir.

## **D. TABİBİN YÖNLENDİRMESİNE BAĞLI OLMADAN TEŞHİS VE TEDAVİ HİZMETİ VEREBİLEN SAĞLIK MENSUPLARI KİMLERDİR?**

### **1. Eczacılar**

Eczacılık mesleği, 6197 numaralı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'da 2021 yılında yapılan değişiklik ile , *"Hastalıkların teşhis ve tedavisi ile hastalıklardan korunmada kullanılan tabii ve sentetik kaynaklı ilaç hammaddelerinden değişik farmasötik tipte ilaçların hazırlanması ve hastaya sunulması; ilacın analizlerinin yapılması, farmakolojik etkisinin devamlılığı, emniyeti, etkililiği ve maliyeti bakımından gözetimi; ilaçla ilgili standardizasyon ve kalite güvenliğinin sağlanması ve ilaç kullanımına bağlı sorunlar hakkında hastaların bilgilendirilmesi ve çıkan sorunların bildirimini yapılmasına ilişkin faaliyetleri yürüten sağlık hizmetidir"* şeklinde tanımlan-

<sup>102</sup> RG. 09.12.2004, S. 25665. Kanun'un ilk olarak Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun ismiyle yayımlanmıştır.

<sup>103</sup> 02 Kasım 2011 Tarihli, 28103 Mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, 11 Ekim 2011 Tarihli ve 663 Kararname numaralı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin mülga 52. maddesi, "(1) Sağlık hizmeti sunmaya yetkili gerçek ve tüzel kişilerce sosyal dayanışma ve yardımlaşma amacıyla gönüllü ve ücretsiz olarak sağlık hizmeti verilebilir. (2) Bu hizmeti yürüteceklerine Bakanlıkça izin verilir. İzin talebinde bulunanlara gerekli değerlendirmeler yapıldıktan sonra sağlık gönüllüsü yetki belgesi düzenlenir. (3) Sağlık gönüllüsü gerçek kişiler hastanelerdeki hizmetlerini hastane yetkilisinin belirlediği şartlarda verebilir. Bu hizmet hastanelerin doğrudan sağlık hizmeti olmayan hasta karşılama ve bilgilendirme, refakat, kişisel bakım ve sosyal ihtiyaçların karşılanması gibi destek hizmeti şeklinde de verilebilir. Bu halde sağlık gönüllüsünün sağlık meslek mensubu olma mecburiyeti yoktur. (4) Gönüllü sağlık hizmeti sunumu ile gönüllülere ait bilgilerin kamuoyu ile paylaşımına dair usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir. (5) Sağlık kurum ve kuruluşlarında hizmetin geliştirilmesi amacıyla Bakanlık, hizmetten faydalananların gönüllülük esasına göre yapacakları gözlemlerini değerlendirmek üzere gerekli düzenlemeleri yapar." şeklinde düzenlenmiş idi.

mıştır. Eczacı ise, Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik'in 4/c maddesinde, "Eczacılık fakültesi veya Eczacılık Mektebi'nden mezun olmuş ya da Kanuna göre yabancı okullardaki eğitiminin yeterliliğini ispat ve tescil ettirmiş, eczacılık faaliyetlerini yürütmeye yetkili sağlık meslek mensubu..." şeklinde tanımlanmıştır.

Eczacının görevleri açısından bakıldığında, bu meslek grubunun, reçeteli ve reçetesiz ilaç ve müstahzarların hazırlanmasından, hastaya sunulmasından, kaydedilmesinden ve hastanın ilaç tedavi sürecinin izlenmesinden sorumlu olduğu görülür. SMY'de yer bulan ifade ile ise anılan sorumluluk tabip ile paylaşılır. Öte yandan, hastanın ilaç, araç, cihaz ve malzemeler hakkında bilgilendirilmesi görevi de eczacılara verilmiş durumdadır. Yine, majistral preparatları, sitotoksik, steril ilaçları ve radyofarmasötik ürünleri, ürün kalitesi, güvenilirlik ve etkinliğini güvence altına alacak şekilde hazırlamak ve sunmak da eczacının görevlerindedir. Eczacıların bir diğer sorumluluğu ise ilaç etkileşimleri, uyumsuzluk ve kontrendikasyonları, yan etkileri, doz ve uygun ilaç depolama konuları hakkında tabiplere ve hastalara bilgi ve danışmanlık hizmeti vermektir. Sayılan görev, yetki ve sorumluluklar açısından değerlendirildiğinde eczacıların tıbbi müdahalelerden tek başına sorumlu olduğu birçok husus olduğu açıktır.

Eczacıların tabiplere benzer olarak dikkat ve özen yükümlülüklerinin yanında<sup>104</sup> bilgilendirme yükümlülüklerinin de olduğu<sup>105</sup> ve bu yükümlülüklerin ihlalinin tazminat ve ceza sorumluluğu doğurduğu<sup>106</sup> öğretide vurgulanmıştır.<sup>107</sup> Eczacıların sorumluluklarına gidilen

<sup>104</sup> Eczacıların reçetede yazılandan farklı ilaç verilmesinden doğan, kendi imal ettiği ilaçtan doğan, bozuk ilaç verilmesinden doğan, ilaç tavsiyesinden doğan ve reçeteyle verilmesi gereken ilacın reçetesiz verilmesinden doğan sorumlulukları hakkında Bkz. Murat Doğan, "Eczacının Tazminat Sorumluluğu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 7, S. 3-4, s. 1-18.

<sup>105</sup> Çağlar Özel ve Burcu Özcan Büyüktanır, "Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 2011, C. 66, S. 2, s. 327-344.

<sup>106</sup> Mahmut Koca, "İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Cezai Sorumluluk", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu içinde* 216-361 Editörler Murat Şen ve Ahmet Başözen, İstanbul, Roche Müstahzarları AŞ., 2009, s. 321-361; Mehmet Demir, "İlaç Kullanımı, Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, S. 89, s. 112.

<sup>107</sup> Eczacıların mesleki yükümlülükleri ile hukuki ve cezai sorumlulukları açısından Bkz. Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorum-*



yargı kararlarında da bu meslek grubunun *yüksek özen* sorumluluğu olan sağlık mesleği mensuplarından olduğunun vurgulandığı görülmektedir.<sup>108</sup> Burada ve ceza hukuku sorumluluğu bağlamında, eczacıların hatalı faaliyetlerin sonucunda yaralanmanın varlığı hâlinde Türk Ceza Kanunu'nun 89., yaralanmanın meydana gelmemesi hâlinde ise 6197 numaralı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 41. maddelerinin uygulanma alanı bulduğu da vurgulanmalıdır.<sup>109</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, oral glukoz yükleme testi sonucunda vefat eden hastanın yakınlarına İdare tarafından ödenen tazminatın rücu davasında, testi uygulayan biyologun yanında glukoz materyali yerine yanlış ilaç veren kurum dışı eczacının da sorumlu olduğunu ve tazminat ödemesinin yarısının testi uygulayan biyologa diğer yarısının ise glukoz materyalini sağlayan özel eczanenin yetkilisine rücu kararını onamıştır.<sup>110</sup>

## 2. Ebeler

Ebelik mesleğinin tanımına dair Türkiye Mevzuatında hukuki bir metin bulunmamaktadır. Kalabalık, ebelik mesleğini, *"gebelik döneminde gebeliğin teşhisi ve gözetimi ile normal doğum yaptırmakla görevli kişilerin oluşturduğu, doğum yapan kadına eşlik eden, bilgi ve destek veren tıbbi bir meslek"* şeklinde tanımlamıştır.<sup>111</sup> Ebe ise, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin (YTY) 133. maddesinde *"sağlık meslek okulu mezunu, doğum ve doğum kontrolü ile ilgili kendisine düşen görevleri yapabilecek yeteneklere sahip, gerekli kursları görmüş yardımcı sağlık personeli"* şeklinde tanımlanmıştır. Aslantekin, ebeyi, DSÖ tanımından aktararak, *"gebelik sırasında, doğumda ve doğumdan sonra gerekli bakım ve da-*

luluk, Güncellenmiş 2. baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 477-488.

<sup>108</sup> Bursa BAM 8. HD, 21.09.2018, E. 2018/355, K. 2018/981 için Bkz. "Eczacının Yanlış İlaç Vermesi BAM Kararı", Sağlık Hukuku, Erişim Tarihi: Ocak 08, 2022, <https://www.saglikhukuku.gen.tr/eczacinin-yanlis-ilac-vermesi-bam-karari/>.

<sup>109</sup> Yargıtay 12. CD, 13.11.2014, E.2013/30372, K.2014/22806 kararı için Bkz. "Yargıtay Kararları", Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi: Ocak 08, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>.

<sup>110</sup> Yargıtay 4. HD, 28.09.2021, E. 2019/3172, K. 2021/5588; Yargıtay'ın, aynı kimyasalın yanlış verilmesinden kaynaklanan ve eczacının tazminat yaptırımını sonuçlayan 22. HD, 12.12.2016, E.2016/31994, K.2016/26706 bir başka kararı için Bkz. "Yargıtay Kararları", Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi: Ocak 08, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>.

<sup>111</sup> Halil Kalabalık, "Ebe ve Hemşirelerin İdare Hukuku Açısından Sorumluluğu", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Sempozyumu III içinde 332-405, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010, s. 340.



nışmanlığı sağlamak, normal doğumları kendi sorumluluğunda yaptırmak ve yenidoğanın bakımını yapmak, aile planlaması hizmetlerini yürütmek üzere eğitilmiş kişi” şeklinde tanımlamıştır. Yazar, Amerikan Ebe Hemşireler Koleji’nin tanımını ise, “gebelikte, doğum sırasında, postpartum periyotta gebeliğin planlanmasında, kadının ve yenidoğanın sağlık bakımını bağımsız olarak yöneten kişi” şeklinde tercüme etmiştir.<sup>112</sup> Hangi tanıma atfedersek edelim, vurgulanan önemli husus, ebelerin bağımsız ya da kendi sorumluluklarında sağlık hizmeti verdiğidir.

Ebeler açısından bakıldığında, gebelik tanısını koymak, normal gebe izlemine ve gerekli muayenelerini yapmak, riskli durumları erken dönemde belirlemek, gerekli önlemleri alarak sevk etmek, doğum eylemi sırasında anne ve bebeğin sağlığını izlemek, normal doğumları ve tabibin olmadığı hallerde acil makat doğumları yaptırmak, gerektiğinde epizyotomi uygulamak, doğum sürecinde normalden sapmaları belirlemek, acil durum tedbirlerini almak, doğum sonrası dönemde yeni doğanın ilk bakım ve muayenesini yapmak ve gerektiğinde acil resüsitasyon gerçekleştirmek, annenin bakım ve izlemine yapmak, normalden sapmaları tespit ederek sevk etmek, acil obstetrik durumlarda Bakanlıkça düzenlenen protokoller doğrultusunda tanımlanan ilaçları uygulamak, SMY ile, ebeğin görevlerinden olarak belirlenmiştir. Öte yandan, YTY’nin 133. maddesinde ise, anne ve çocuğu muayene etmek, çocuk kalp seslerini yakından izlemek, gerekli gördükleri hallerde her türlü genital muayeneyi yapmak, doğumun seyrini dikkatle ve sürekli bir şekilde izlemek, normal doğumları yaptırmak, doğum güçlükleri veya arızaları mevcut olan veya durumunu kesin olarak saptanamayan vakaları uzman tabibe haber vermek, doğan çocukların cinsiyetini, boy ölçüsünü, kafa çaplarını, göğüs çevresini, beden ağırlığını, yapısında mevcut bütün arızaları ve anormallikleri, kalıtsal belirtileri, plasenta ve kordonun niteliklerini tespit ve kaydetmek, ikiz veya daha fazla sayıda doğan çocukların doğum sıralarını, ne kadar ara ile doğduklarını, ölü doğanların; doğumdan sonra bir müddet daha tenefüs edip etmediklerini dikkat ve titizlikle tetkik ve kaydetmek, doğan çocukların birbirlerine karıştırılmamasına dikkat etmek ve bu amaçla

<sup>112</sup> Filiz Aslantekin, “Ebelerin Görev ve Yetkileri”, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Sempozyumu III içinde 479-490, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010, s. 474.

her doğan çocuğun bileğine anasının ad ve soyadını, cinsiyetini doğum tarih ve saatini belirten bir kart bağlamak, doğan çocukların göbeğinin fenni usullere uygun olarak kesilip bağlanması ve sarılmasını sağlamak ve çocuklar için gerekli tedbirleri almak ya da tedbirlerin alınması sağlamak, ebelerin görevlerinden olarak sayılmıştır. Burada, ebe ve ebe hemşirelerin, asli görevlerinin yanında hemşirelerin gördükleri hizmetleri de görmek ve kurumlarda onların uymak zorunda bulunduğu hükümlere uymakla da yükümlü olduğu vurgulanmalıdır. 1219 numaralı Kanun'un üçüncü faslı ise ebelere yönelik olarak düzenlenmiştir. 1219 numaralı Kanun'un 51. ve 52. maddelerinde ve Nüfus Planlaması hakkında Kanun'un 3. maddesinde, ebelerin görevlerine yönelik düzenlemeler mevcuttur.

Yukarıda sayılan görev, yetki ve sorumluluklar açısından değerlendirildiğinde ebelerin tıbbi müdahalelerden, tek başına sorumlu oldukları birçok husus olduğu açıktır. Gökcan, kanun ve diğer mevzuatla verilen görevler karşısında ebelik mesleğinin, tababet mesleği dışında tıbbi müdahale olanağı en fazla olan sağlık meslek mensubu olduğunu öne sürmektedir.<sup>113</sup> Ebelerin tabiplere benzer olarak dikkat ve özen yükümlülüklerinin yanında bilgilendirme yükümlülüklerinin de olduğu ve bu yükümlülüklerin ihlalinin, tazminat<sup>114</sup> ve ceza sorumluluğu<sup>115</sup> doğurduğu öğretide vurgulanmıştır.

Ebelerin sorumluluklarına gidilen yargı kararlarında, tıbbi uygulamalardan doğan zararlar dışında,<sup>116</sup> bebek tesliminden kaynaklanan hatalar da dikkat çekmektedir.<sup>117</sup>

<sup>113</sup> Gökcan, Tıbbi Müdahaleden Doğan, 77.

<sup>114</sup> Halide Savaş, "Ebelerin Hukuki Sorumluluğu", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Sempozyumu III içinde 479-490, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010, s. 479-490.

<sup>115</sup> Özlem Yenerer Çakmut, "Tıbbi Uygulamalarda Ebelerin Cezai Sorumluluğu", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Sempozyumu III içinde 490-512, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010, s. 490-512.

<sup>116</sup> Yargıtay 12. CD, 27.02.2018, E.2017/9921, K.2018/2180; Yargıtay 12. CD, 02.06.2014, E.2013/21826, K.2014/13510; Yargıtay 12. CD, 27.03.2014, E.2013/16315, K.2014/7715 Bkz. "Yargıtay Kararları", Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi: Ocak 08, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>.

<sup>117</sup> Yargıtay 4. HD, 14.03.2019, E.2016/5065, K.2019/1462 Bkz. "Yargıtay Kararları", Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi: Ocak 08, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>.

### 3. Hemşireler

Hemşirelik mesleğinin tanımına dair Türkiye Mevzuatında hukuki bir metin bulunmamaktadır. Kalabalık, hemşirelik mesleğini, “*bireyin, ailenin, toplumun sağlığını korumak, yükseltmek, geliştirmek ve hastalık halinde iyileştirme amacına yönelik hizmetlerin; planlanması, örgütlenmesi, uygulanması, değerlendirilmesinden ve bu hizmetleri yerine getirecek kişilerin eğitiminden sorumlu, bilim ve sanattan oluşan bir sağlık disiplini*” şeklinde tanımlamıştır.<sup>118</sup> Hemşirelik Yönetmeliği’nin 5. maddesine göre, hemşirelik hizmetleri; birey, aile, grup ve toplumun sağlığının geliştirilmesi, korunması, hastalık durumunda iyileştirilmesi ve yaşam kalitesinin artırılması amacıyla hemşirenin yerine getirdiği bakım verme, tabipçe hazırlanan tıbbi tanı ve tedavi planının oluşturulması ve uygulanması, güvenli ve sağlıklı bir çevre oluşturma, eğitim, danışmanlık, araştırma, yönetim, kalite geliştirme, iş birliği yapma ve iletişimi sağlama rollerinin yanında mesleki eğitimle kazanılan bilgi, beceri ve karar verme yeteneklerini kullanarak, insanlara yaşadıkları ve çalıştıkları her ortamda doğum öncesinden başlayarak yaşamın tüm evrelerinde meslek standartları ve etik ilkeler çerçevesinde sunduğu hemşirelik bakımını ve hemşirelik hizmetlerinin ve bu hizmetlerden sorumlu insan gücü kaynaklarının, diğer kaynakların ve bakım ortamının yönetimi ile risk yönetimini kapsamaktadır. Gökcan, hemşireyi, hasta sağlığı ve bakımıyla ilgili sağlık mesleğini icra eden kişi şeklinde tanımlamıştır.<sup>119</sup> DSÖ’ye göre, profesyonel hemşireler, bağımsız olarak veya tıp doktorları ve diğerleriyle ekipler halinde çalışarak hastaların hemşirelik bakımının planlanması ve yönetiminden sorumludurlar. Hemşirelik yardımcı profesyonelleri ise temel hemşirelik ve kişisel bakım sağlar ve genellikle tıp, hemşirelik veya diğer sağlık profesyonellerinin gözetimi veya desteği altında çalışırlar.<sup>120</sup> Hemşirelik, her yaştan, aileden, gruptan ve topluluktan, hasta ya da sağlıklı ve tüm ortamlardaki kişilerin bağımsız ya da iş birliği hâlinde bakımını kapsar ve sağlığın geliştirilmesini, hastalıkların önlenmesini ve hasta, engelli ve ölmekte olan insanların bakımını içerir. DSÖ, savunuculuk, güvenli bir ortamın teşviki, hasta ve sağlık hizmetleri

<sup>118</sup> Kalabalık, “Ebe ve Hemşirelerin Sorumluluğu”, s. 334.

<sup>119</sup> Gökcan, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s. 78.

<sup>120</sup> World Health Organization, State of the World’s Nursing 2020: Investing in Education, Jobs and Leadership, Geneva, WHO Publications, 2020, s. 108.

yönetimine katılım, sağlık politikasını şekillendirme, eğitim ve araştırmayı ise ek temel hemşirelik rolleri olarak vurgulamaktadır. Hemşireler, üçüncü basamak hastanelerden, merkezlere uzak sağlık hizmet sunucularına kadar tüm sağlık bakım ortamlarındaki insanlara çok çeşitli sağlık hizmetleri sunar. DSÖ'ye göre hemşire unvanı ile, hemşirelik yapmak için kanuni, eğitim ve idari gereklilikleri karşılayan bir sağlık mensubu belirtilmektedir.<sup>121</sup> Hemşire, Hemşirelik Kanunu'nun 4. maddesinde ise, *"tabip tarafından acil haller dışında yazılı olarak verilen tedavileri uygulayan, her ortamda bireyin, ailenin ve toplumun hemşirelik girişimleri ile karşılanabilecek sağlıkla ilgili ihtiyaçlarını belirleyen ve hemşirelik tanılama süreci kapsamında belirlenen ihtiyaçlar çerçevesinde hemşirelik bakımını planlayan, uygulayan, denetleyen ve değerlendirmekle görevli ve yetkili sağlık personeli"* olarak tanımlanmıştır.

Hemşireler açısından bakıldığında, tıbbi tanı ve tedavi planının uygulanması, hasta ve çalışan güvenliği açısından gerekli tedbirlerin alınması, tabip tarafından reçete edilen tıbbi talepleri bilimsel esaslara göre belirlenen sağlık bakım, tanı ve tedavi protokolleri doğrultusunda yerine getirilmesi, tıbbi tanı ve tedavi işlemlerinin hizmetten faydalananlara zarar vereceğini öngördüğü durumlarda müdavi tabip ile görüşmesi ve sağlık hizmetlerinin verildiği tüm alanlarda etkin bir şekilde görev alma, Hemşirelik Yönetmeliği'nin 6. maddesi ile, hemşirenin görevlerinden olarak belirlenmiştir. Öte yandan, YTY'nin 132. maddesinde ise hastaların genel temizliğini yaptırmak, hastaların hâl ve hatırlarını sormak, derecelerini almak, nabız ve teneffüslerini saymak, yatırılan hastanın tüm ihtiyaçlarını gözönünde bulundurmak suretiyle ruh, duyu ve genel alışkanlık durumunu değerlendirmek, hastalarda moral gücü olumlaştırıcı gerekli ortamı ve güveni sağlamak, hastaları tabiplerce yapılacak muayene ve tedaviye hazırlamak, hastaların tedavisi için gerekli bütün kayıt, bakım ve tedavi uygulamalarını meslekleri dahilinde ve tabiblerin tariflerine göre yapmak, hastaların ilaçlarını bizzat vermek ve tatbik etmek, enjeksiyonları yapmak ve bunları hemşire notuna miktar ve zaman belirterek kaydedip imzalamak, sık kontrolü icap eden hastalar ile ameliyatlı hastaları belirli zamanlarda yoklamak ve bunlara ait ilaçları vermek, yemeklerinin usulüne uygun verilmesini sağlamak, kendilerine bırakılan pansuman ve tedavileri bizzat yapmak, teselliye

<sup>121</sup> World Health Organization, State of the World's Nursing, s. 9.

muhtaç olan hastaları teselli ve teskin etmek, uzmanlarca analizine lüzum görülen materyali hastalardan almak ve laboratuvara göndermek, servislerde yemek dağıtımını ve hastaların yemek yiyip yemeklerini gözlemek, kendisi yemek yiyemeyecek durumda olan hastaların bizzat yemeğini yedirmek, banyo yapacakları yardımcı hizmetli ile banyoya göndermek ve gidemeyenlerin temizliğini yataklarında yaptırmak, servis acil dolabında bulunan ilaçları tabip direktifi ile ve onun sorumluluğu altında uygulamak ve eksilen ilacı yerine koymak, ameliyathane hemşireleri özelinde ameliyathane teknisyeninin bulunmadığı yerlerde onun görev ve yetkilerini üzerlerine almak, ayrıca sorumlu görevlinin bulunmadığı hâllerde sterilizatör ve otaklavların bakım ve işletilmesini yapmak, hastaların sosyal ve ruhi durumları ve beslenmeleri ile ilgili olarak fizyoterapist, sosyal hizmet, diyet uzmanları ve psikologlarla iş birliği yapmak ve bunların servislerdeki çalışmalarını kolaylaştırmak, hemşirelerin görevlerinden olarak sayılmıştır.<sup>122</sup>

Yukarıda sayılan görev, yetki ve sorumluluklar açısından değerlendirildiğinde hemşirelerin tıbbi müdahalelerden, tek başına sorumlu oldukları birçok husus olduğu açıktır. Gökcan, hemşirelerin, mesleklerinin icrası sırasında kusurlu davranışlarıyla hastaya zarar vermeleri durumunda, kusurları nedeniyle cezai ve hukuki sorumluluklarının söz konusu olabileceğini vurgulamıştır.<sup>123</sup> Hemşirelerin tabiplere benzer olarak dikkat ve özen yükümlülüklerinin yanında bilgilendirme yükümlülüklerinin de olduğu ve bu yükümlülüklerin ihlalinin tazminat<sup>124</sup> ve ceza sorumluluğu<sup>125</sup> doğurduğu öğretide vurgulanmıştır.

Hemşirelerin sorumluluklarına gidilen yargı kararlarında, sıklıkla, hastalarda enjeksiyon sonrası ortaya çıkan zararlar dikkat çekmektedir.<sup>126</sup>

<sup>122</sup> Hemşirelik Yönetmeliği'nin 7. maddesi ile uzman hemşirelerin, 8. maddesi ile yetki belgesine sahip hemşirelerin görevleri düzenlenmiştir. Çalışılan birim/servis/ünite/alanlara göre hemşirelerin görev, yetki ve sorumlulukları ise Yönetmelik ekinde düzenlenmiştir.

<sup>123</sup> Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan*, s. 80.

<sup>124</sup> Yahya Deryal, "Ebe ve Hemşirelerin İdare Hukuku Açısından Sorumluluğu", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Sempozyumu III içinde 416-439, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010, s. 416-439.

<sup>125</sup> Hakan Hakeri, "Ebe ve Hemşirelerin İdare Hukuku Açısından Sorumluluğu", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Sempozyumu III içinde 440-446, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010, s. 440-446.

<sup>126</sup> Yargıtay 13. HD, 04.07.2013, E.2012/22865, K.2013/18422; Yargıtay 13. HD,

#### 4. Klinik Psikologlar

Klinik psikoloji mesleğinin tanımına dair Türkiye Mevzuatında hukuki bir metin bulunmamaktadır. Klinik psikoloji, Rohleder tarafından, psikolojik sıkıntıların anlaşılması, tedavisi ve önlenmesi, sıkıntı semptomlarının hafifletilmesi ve sağlığın desteklenmesi ile ilgilenen bilimsel ve klinik bir meslek şeklinde tanımlanmıştır.<sup>127</sup> İngiltere Psikoloji Derneği tarafından psikolojik bilgi ve becerilerin, araştırma ve müdahale tekniklerinin özellikle ruh sağlığı ile ilgili olarak sağlık ve hastalığa uygulanması vasıtasıyla psikolojik sıkıntıyı azaltmayı ve psikolojik sağlığı geliştirmeyi amaçlayan meslek şeklinde tanımlanmıştır.<sup>128</sup> Amerikan Psikoloji Derneği, klinik psikoloji mesleğini, acil servis, yatan hasta üniteleri ve kliniklerindeki hastalara teşhis, değerlendirme, tedavi planı, tedavi, önleme ve danışmanlık hizmetlerinin sağlanmasını içeren bir klinik disiplin olarak tanımlamaktadır.<sup>129</sup> Kanada Psikoloji Derneği tarafından verilen bir başka tanımda ise klinik psikoloji mesleği, psikolojik sıkıntı, işlevsiz davranış ve sağlık açısından riskli davranışların değerlendirilmesi, önlenmesi, iyileştirilmesi ve rehabilitasyonuna psikolojik ilkeleri uygulayan psikoloji disiplini içinde geniş bir uygulama ve araştırma alanı olarak görmektedir.<sup>130</sup> Klinik psikolog ise 1219 numaralı kanunun Ek 13. maddesinde, “*Psikoloji veya psikolojik danışma ve rehberlik lisans eğitimi üzerine klinik ortamlarda gerekli pratik uygulamaları içeren klinik psikoloji yüksek lisansı veya diğer lisans eğitimleri üzerine psikoloji veya klinik psikoloji yüksek lisansına ilaveten klinik psikoloji doktorası yapan sağlık meslek mensubudur*” şeklinde tanımlanmıştır. YTY’nin 128. maddesinde ise, klinik psikolog, mesleki yöntem ve teknikleri uygula-

04.07.2013, E.2012/22838, K.2013/18421; Yargıtay 13. HD, 24.01.2012, E.2011/16458, K.2012/899; Yargıtay 4. HD, 16.01.2017, E.2005/15940, K.2007/123; Yargıtay 4. HD, 02.03.2010, E.2009/5639, K.2010/2114; Yargıtay 12. CD, 31.10.2014, E.2013/26279, K.2014/21535; Yargıtay 3. HD, 07.10.2020, E.2020/3730, K.2020/5604; Yargıtay 13. HD, 05.04.2017, E.2015/18038, K.2017/3975; Yargıtay 12. HD, 17.12.2015, E.2014/22730, K.2015/19357 Bkz. “Yargıtay Kararları”, Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi: Ocak 08, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>.

<sup>127</sup> Poul Rohleder, *Critical Issues in Clinical and Health Psychology*, London, SAGE Publications, 2012, s. 2.

<sup>128</sup> “A to Z of Psychology”, The British Psychological Society, Erişim Tarihi: Ocak 09, 2022, <https://www.bps.org.uk/public/a-z-of-psychology>.

<sup>129</sup> The American Psychological Association, *Guidelines on Hospital Privileges for Psychologists: Credentialing and Bylaws*, Washington, APA Publications, 1991, s. 127.

<sup>130</sup> Michael T. Vallis ve Janice L. Howes, “The Field of Clinical Psychology: Arriving at a Definition”, *Canadian Psychology*, 1996, C. 37, S. 2, s. 120-127.



arak hastaların ruhsal sorunlarının çözümlenmesine yardım edecek yetenekte, psikoloji öğretimi yapan herhangi bir fakülte veya yüksekokul mezunu sağlık personeli olarak tanımlanmıştır.

Klinik psikologlar açısından bakıldığında, ruh sağlığı ve hastalıkları hastanelerinde hastaların meşguliyet tedavilerini yapmak, meslek usul ve tekniklerini kullanarak hastaların ruhsal problemlerinin çözümlenmesinde gerekli testleri uygulamak ve yorumunu yapmak, hastalığın teşhis ve tedavisinde, hastaların tabiple iş birliği kurmasında yardımcı olmak, YTY'nin 128. maddesi ile, klinik psikologların görevlerinden olarak belirlenmiştir. Öte yandan, SMY'de ise, Uluslararası Hastalık Sınıflandırma Listesi'nde F00 ile F99 kodları arasında yer alan hastalıklarda ilgili uzman tabibin teşhisine ve tedavi için yönlendirmesine bağlı olarak, hastalara eğitimini aldığı terapi ve psikolojik destek hizmetlerini vermek, gözlem ve görüşme teknikleri kullanmak, eğitimini almış olmak kaydı ile zekâ, kişilik, gelişim, nöropsikolojik testler, ilgi, tutum ve uyum envanterleri gibi araçları uygulamak ve yorumlamak, gerekli durumlarda bireyler ya da aileleri için krize müdahale, travma ve afetlerde bireysel/grup psikolojik yardım ya da eğitimini aldığı psikoterapi uygulamalarını yapmak ve psikolojik değerlendirme ile hastalık olarak tanımlanmayan ve Ek-1/A'da yer alan durumlarda eğitimini aldığı psikoterapi uygulamalarını yapmak, klinik psikologların görevlerinden olarak sayılmıştır. Bu yönetmelikte, ayrıca, ilgili uzman tabibin teşhisine ve tedavi için yönlendirmesine bağlı olmadan psikoterapi yapabilecekleri hastalık olmayan durumlar saymak suretiyle belirlenmiştir.<sup>131</sup> Burada sayılanların hastalık mı yoksa durum mu olduğu tartışması makalemizin sınırlılıklarındandır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4/g maddesinde tıbbi müdahale, "Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartla-

<sup>131</sup> Yönetmelik'e göre klinik psikologların ilgili uzman tabibin teşhisine ve tedavi için yönlendirmesine bağlı olmadan psikoterapi yapabilecekleri durumlar şunlardır: ihmal ve terk, kötü muamele, hastalık ve tedavi sonrası dönem, eğitim ve okuma yazma ile ilgili problemler, iş ve işsizlikle ilgili problemler, sosyal çevreyle ilgili problemler, çocuklukta olumsuz yaşam olaylarıyla ilgili problemler, yetiştirmeyle ilgili diğer problemler, primer destek gruplarıyla ilgili diğer problemler, psikososyal durumlarla ilgili problemler, cinsel eğilim, davranış ve uyumla ilgili danışma, sağlık servislerine diğer danışma ve tıbbi tavsiye için gelen kişiler, yaşam-yönetim güçlüğü ile ilgili problemler.



ra uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi, [ifade eder.]” şeklinde tanımlanmıştır ve klinik psikologlar tarafından uygulanan psikoterapi, duraksamaksızın, bir tıbbi müdahaledir.

Yukarıda sayılan görev, yetki ve sorumluluklar açısından değerlendirildiğinde klinik psikologların tıbbi müdahalelerden, tek başına sorumlu oldukları birçok husus olduğu açıktır.

Her ne kadar klinik psikologların dikkat ve özen yükümlülüklerinin ihlalinin tazminat ve ceza sorumluluğu doğurduğu konusu Türk öğretisinde sık çalışılan bir konu olmasa da bu meslek grubunun gerek sorumlulukları<sup>132</sup> gerekse sorumluluk sigortaları<sup>133</sup> hususu evrensel literatürde 1970’lerden başlayarak akademik çalışma konusu olmuştur. Hatta, Hampton, 1984 yılında yayınladığı makalesinin girişinde psikoterapistlere karşı artan davaların bir vakıa olduğunu belirtirken, bu disiplinde bakım standartlarının son derece dinamik olduğu gerekçeyle, mahkemelerin doğru veya hatalı uygulamaların saptanması konusunda zorlandıklarını vurgulamıştır.<sup>134</sup>

## 5. Dil ve Konuşma Terapistleri

Dil ve konuşma terapisi mesleğinin tanımına dair Türkiye Mevzuatında hukuki bir metin bulunmamaktadır. Dil ve konuşma terapisti

<sup>132</sup> Kenneth S. Pope, Henry N. Simpson ve Myron F. Weiner, “Malpractice in Outpatient Psychotherapy”, *American Journal of Psychotherapy*, 1978, C. 32, S. 4, s. 593-602; Patrick H. DeLeon ve Mark Borreliz, “Malpractice: Professional Liability and the Law”, *Professional Psychology: Research and Practice*, 1978, C. 9, S. 3, s. 467-477; William P. Isele, “Malpractice Liability of the Mental Health Professional”, *Professional Psychology: Research and Practice*, 1975, C. 6, S. 4, s. 399-412; Lyle D. Schmidt, “Some Legal Considerations for Counseling and Clinical Psychologists”, *Journal of Counseling Psychology*, 1962, C. 9, S. 1, s. 35-44; Leonard J. Haas ve Don Fennimore, “Ethical and Legal Issues in Professional Psychology: Selected Works 1970-1981”, *Professional Psychology: Research and Practice*, 1983, C. 14, S. 4, s. 540-548; Herbert Dörken, “Malpractice Claims Experiences of Psychologists: Policy Issues, Cost Comparisons with Psychiatrists, and Prescription Privilege Implications”, *Professional Psychology: Research and Practice*, 1990, C. 21, S. 2, s. 150-152.

<sup>133</sup> Joseph L. Nellis, “Comments on Professional Liability Insurance and the Psychologist”, *Professional Psychology: Research and Practice*, 1975, C. 6, S. 3, s. 272-274; Rogers H. Wright, “Psychologists and Professional Liability (Malpractice) Insurance: A Retrospective Review”, *American Psychologist*, 1981, C. 36, S. 12, s. 1485-1493; Alvin E. White ve Ruth B. Gross, “Professional Liability Insurance and the Psychologist”, *Professional Psychology: Research and Practice*, 1975, C. 6, S. 3, s. 267-271.

<sup>134</sup> Lawrence P. Hampton, “Malpractice in Psychotherapy: Is there a Relevant Standard of Care?”, *Case Western Reserve Law Review*, 1984, C. 35, S. 2, s. 251.

ise 1219 numaralı kanunun Ek 13. maddesinde, “*Dil ve konuşma terapisi alanında lisans eğitimi veren fakülte veya yüksekokullardan mezun veya diğer lisans eğitimleri üzerine dil ve konuşma terapisi alanında yüksek lisans veya doktora yapan, bireylerin ses, konuşma ve dil bozukluklarının önlenmesi için çalışmalar yapan ve ilgili uzman tabip tarafından teşhisi konulmuş yutkunma, dil ve konuşma bozukluklarının rehabilitasyonunu sağlayan sağlık meslek mensubudur.*” şeklinde tanımlanmıştır.

Dil ve konuşma terapistleri açısından bakıldığında, ilgili uzman tabibin teşhisine ve tedavi için yönlendirmesine bağlı olmadan terapi ve rehabilitasyon yapabilecekleri durumlar<sup>135</sup> SMY’nin Ek-1 B’sinde saymak suretiyle belirlenmiştir. Burada sayılanların hastalık mı yoksa durum mu olduğu tartışması Makale’nin sınırlılıklarındandır. Ancak uygulanan terapi ve rehabilitasyon, duraksamaksızın, bir tıbbi müdahaledir.

## E. SAĞLIK HİZMETLERİNDE İŞGÖREN DİĞER ÇALIŞANLAR

SMY’ye göre, acil tıp teknisyen ve teknikerlerinin, ameliyathane teknikerlerinin, anestezi teknisyen ve teknikerlerinin, biyomedikal cihaz teknikerlerinin, diyaliz teknikerlerinin, diyetisyenlerin, elektronörofizyoloji teknikerlerinin, evde hasta bakım teknikerlerinin, fizyoterapistlerin, fizyoterapi teknikerlerinin, hemşire yardımcılarının, iş ve uğraşı terapistlerinin, mamografi teknikerlerinin, odyologların, optisyenlerinin, perfüzyonistlerinin, radyoterapi teknikerlerinin, sağlık bakım teknisyenlerinin, tıbbi görüntüleme teknisyen ve teknikerlerinin, tıbbi laboratuvar teknisyenlerinin ve yaşlı bakım teknikerlerinin açıkça tanımlanmış ve hasta güvenliği ve/veya tıbbi müdahale kapsamında olan görevleri bulunmaktadır.

Bu noktada Ersoy’un eleştirisi de önem arz etmektedir. Ersoy, gerek 2002 yılında TBMM’ye sunulan ancak kanunlaşamayan Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasa-

<sup>135</sup> Yönetmelik’e göre dil ve konuşma terapistlerinin ilgili uzman tabibin teşhisine ve tedavi için yönlendirmesine bağlı olmadan terapi ve rehabilitasyon yapabilecekleri durumlar şunlardır: disleksi ve diğer sembolik disfonksiyonlar, hipernazalite ve hiponazalite, konuşma ve dil özel gelişimsel bozuklukları, skolastik becerilerde özel gelişimsel ve kazanılmış bozukluklar, kekemelik ve hızlı konuşma.

rısı ve gerek daha sonra TCSB tarafından daha kısa bir metin olarak hazırlanmakta olduğu anlaşılan Tıbbi Yanlış Uygulama (Tıbbi Malpraktis) Yasa Tasarısı metinlerinde, tıbbi hatanın, tüm tıp mesleği mensuplarını kapsar şekilde tanımladığını işaret etmektedir. Yazar, her iki tasarıda da yanlış/kötü uygulamanın; tabibi, dış tabibini, eczacıyı, hemşireyi, ebeyi, sağlık memurunu, diyetisyeni, psikologu, çocuk gelişimcisini, fizyoterapisti, biyologu, röntgen teknisyeni, tıbbi fizikçiyi, laboratuvar teknisyenini, protezciyi, dış teknisyenini, sünnetçiyi ve diğer sağlık hizmetleri çalışanlarını kapsadığını da vurgulamaktadır.<sup>136</sup>

## E. SAĞLIK HİZMET SUNUCULARINDA İŞGÖREN ÖZEL GÜVENLİK GÖREVLİLERİ

5188 numaralı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un<sup>137</sup> 21. maddesi ile özel güvenlik mali sorumluluk sigortasının şartları düzenlenmiştir. Madde ile tüm özel hukuk tüzel kişilerine ve özel güvenlik şirketlerine, istihdam ettikleri özel güvenlik görevlilerinin üçüncü kişilere verecekleri zararların tazmini amacıyla özel güvenlik mali sorumluluk sigortası yükümlülüğü getirilmiştir. Yükümlülük, Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 9/1-c maddesi ile özel güvenlik görevlisi istihdam eden tüm gerçek kişilere de getirilmiş, kamu kurum ve kuruluşları, kamu bankaları ve kamuya ait üniversiteler ile kamu tüzel kişiliğine sahip vakıf üniversiteleri ise saymak suretiyle yükümlülük kapsamı dışında tutulmuştur. Kanun'la, sigorta yaptırmaya yükümlülüğüne riayet etmeyen kişilere ve bu sigortaları yaptırmaktan imtina eden sigorta şirketlerine yönelik yaptırımlar da belirlenmiştir. Tüm özel güvenlik görevlileri açısından mali sorumluluk sigortası zorunluluğun sağlanmasının gerekli olduğu yönündeki tartışma makalemizin sınırlılıklarındandır. Ancak kamu sağlık hizmet sunucularında görev yapan özel güvenlik görevlileri açısından özel bir durumu incelemek gerekmektedir. Bilindiği üzere kamu sağlık hizmet sunucularında görev yapan özel güvenlik görevlilerinin istihdam şekli Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştiril-

<sup>136</sup> Yüksel Ersoy, "Tıbbi Hatanın Hukukî ve Cezaî Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, S. 53, s. 162.

<sup>137</sup> RG. 26.06.2004, S. 25504.

miştir.<sup>138</sup> Kararname'nin 127. maddesi ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye<sup>139</sup> geçici maddeler eklenmiştir. 2017 yılında yapılan bu değişiklik ile daha önce kamu sağlık hizmet sunucularında iş sözleşmeleri ile alt işveren işçisi olarak çalışan özel güvenlik görevlileri 657 numaralı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/D maddesi şartlarında istihdam edilir hâle gelmiştir. Bu değişiklik ile daha önce alt işveren işçisi statüsünde zorunlu olarak mali sorumluluk sigortalısı yapılan bu çalışan grubu, zorunlu mali sorumluluk sigortasından muaf hâle gelmişlerdir. Sağlık mensuplarına yönelik şiddetin gündemde olduğu bir dönemde, bu şiddetin önlenmesi hususunda önemli sorumlulukları bulunan bu meslek grubunun üçüncü kişilere verilecek zararlardan mütevellit rücuya muhatap tutulma olasılığı mevcuttur. Böyle bir durumda anılan çalışan grubu için zorunlu mali sorumluluk sigortasının uygulamaya konulmasının da bir gereklilik olduğu düşüncesindeyiz.

## SONUÇ VE ÖNERİ

Makalemizde<sup>140</sup> sağlık meslek mensuplarının mali mesuliyet sigortalarına yönelik iki husus irdelenmiştir.

Bunlardan ilki mevzuatta Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası olarak tanımlanan sigorta sözleşmesindeki *kötü* ifadesidir. Yaptığımız analizde, ilkin, kötü sözcüğünün leksikal semantik esasında ahlak dışılığı işaret eder hâlinin temel anlama son derece yaklaştığı saptanmıştır. Öte yandan, Türk kanunlarında kötü sözcüğünün bağlamının istenen bir iradeyi sonuçladığı ortaya konmuştur. Sözcük'e yönelik istenirlik iradesinin, esasen, Roma Hukuku'nda, Kıta Avrupası Hukuku'nda ve Anglo-Amerikan hukukunda da benzer şekilde tezahür ettiği görülmüştür.

<sup>138</sup> RG. 24.12.2017, S. 30280.

<sup>139</sup> 657 numaralı Devlet Memurları Kanunu, 926 numaralı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 numaralı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 2914 numaralı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 numaralı T.C. Emekli Sandığı Kanunu ile Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı ve Kıdem Aylığı ile Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG. 30.06.1989, S. 20211.

<sup>140</sup> Bu çalışma, türü gereği, etik kurul onayı gerektirmemektedir. Makale'de araştırma ve yayın etiğine uyulmuştur.

Anılan sigortayı ifade etmek için öğretide ve Yargıtay uygulamasında, “tıbbi zorunlu sorumluluk sigortası”, “hekim sorumluluk sigortası”, “hekim mesleki sorumluluk sigortası”, “zorunlu hekim mesleki sorumluluk sigortası”, “zorunlu hekim sorumluluğu sigortası” isimlerinin kullanıldığı görülmektedir.<sup>141</sup>

Anlambilim, çağrışım, aksiyoloji, hukuki temel ve Türk kanunları bağlamında Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kalıbındaki kötü sözcüğünün çıkarılmasının gerekli olduğunu düşünmekle birlikte, bizim önerimiz, bu sigortanın isminin *Sağlık Mensubu Zorunlu Mesleki Mali Sorumluluk Sigortası* şeklinde değiştirilmesidir. Sigortanın isimlendirilmesindeki önerimizin “zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortası” şeklindeki kısmı sigortayı hukuken tanımlayan bir ifadedir. İlk kısımda yer alan sağlık mensubu ifadesinin gerekçesi ise makalemizin ikinci bölümünde tartışılmıştır.

Ekip çalışmasının klasik örneklerinden olan sağlık hizmetinde işgörenler, sağlık mensuplarıdır. Sağlık mensuplarının kimler olduğu ise DSÖ, UÇÖ, TCSB dokümanlarında tanımlanmıştır. Türkiye mevzuatında kimi sağlık mensuplarına tabibin yönlendirmesinden bağımsız olarak tıbbi müdahalede bulunma görev ve yetkisi verilmiştir. Mevzuatla açıkça bağımsızlık tanımlanan sağlık mensupları; eczacılar, ebeler, hemşireler, klinik psikologlar, dil ve konuşma terapistleri olarak saptanmıştır. Öte yandan, sağlık hizmet sunucularında görev yapan özel güvenlik görevlileri ise bağımsızlıklarını Kanun’dan ve iş tanımlarının ayrıklığından almaktadırlar. Bu nedenle biz, ilkin, eczacılar, ebeler, hemşireler, klinik psikologlar, dil ve konuşma terapistleri ve kamu sağlık hizmet sunucularında görev yapan özel güvenlik görevlileri açısından mesleki mali sorumluluk sigortasının zorunlu hâle getirilmesi gerektiğini savunmaktayız.

Müteakiben ise sağlık sektöründe işgören tüm çalışanların kapsam içine alınmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz. Burada, sağlık mensuplarının tabiplerin ifa yardımcısı olduğu ve bu nedenle Türk Borçlar Kanunu’nun 116. maddesi mucibinde işi yürüttükleri sırada diğer tarafta verdikleri zararı gidermekle yükümlü olduğu savunulabilse de, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin, oral glukoz yükleme testi sonucunda

<sup>141</sup> Kara, “Yargıtay ve Hakem Kararlarına Göre”, s. 249.

vefat eden hastanın yakınlarına İdare tarafından ödenen tazminatın rücu davasında, testi uygulayan biyologun yanında glukoz materyali yerine yanlış ilaç veren kurum dışı eczacının da sorumlu olduğunu ve tazminat ödemesinin yarısının testi uygulayan biyologa diğer yarısının ise glukoz materyalini sağlayan özel eczanenin yetkilisine rücu kararını onadığı göz ardı edilmemelidir.

Öte yandan, mali mesuliyet sigortalarının yaşamın her alanına yayıldığı hususunu göz önüne alarak, bu sigorta türünün ilerleyen on yıllar içinde tüm sektörler için zorunluluk kapsamına alınabileceğini öngörüsünde olduğumuzu da ifade etmek isteriz ki konuya yönelik TBMM'ye sunulan tasarılarıdaki görüşler de bu yöndedir.

Bu makalede Türkiye'deki ismiyle tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası konusu isimlendirme ve kapsam açısından iki başlıkla sınırlandırılmıştır. Çalışma esasına saptadığımız; poliçe türünün olay esaslı olmayıp talep esaslı olması, güvence hesabının mevcut olmaması, ek koruyuculuk süresine yönelik eksiklikler, risk gruplarının belirlenmesinde ülkeler arasındaki farklar ve teminat sınırlarının aktüeryal güncelliği gibi konular ise yeni araştırma ajandalarına dâhil edilmelidir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Aksan Doğan, Anlambilim Konuları ve Türkçenin Anlambilimi, 4. basım, Ankara, Engin Yayın Evi, 2006.
- Antalya Gökhan, Hukuk Teorisi Cilt 1, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2. baskı, 2020.
- Aslantekin Filiz, "Ebelerin Görev ve Yetkileri", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Sempozyumu III içinde 479-490, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010.
- Ayhan Rıza, Çağlar Hayrettin ve Özdamar Mehmet, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Ayverdi İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, İstanbul, Kubbealtı İktisadi İşletmesi, 2005.
- Bayat Ali Haydar, Tıp Tarihi, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul, Merkezefendi Geleneksel Tıp Derneği Yayınları, 2016.
- Breen J. Kerry, Cordner M. Stephen ve Thomson J. H. Colin, Good Medical Practice Professionalism, Ethics and Law, 4th Edition, Kingston, Australian Medical Council Limited, 2016.
- Cevizci Ahmet, Felsefe Sözlüğü, 5. baskı, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2002.

- Chen Lincoln, Evans David, Evans Tim, Sadana Ritu, Stilwell Barbara, Travis Phyllida, Van Lerberghe Wim ve Zurn Pascal, Working Together for Health The World Health Report 2006, Geneva, WHO Press, 2006.
- Deryal Yahya, "Ebe ve Hemşirelerin İdare Hukuku Açısından Sorumluluğu", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Sempozyumu III içinde 416-439, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010.
- Eckardt Birgit, Fachsprache als Kommunikationsbarriere, Wiesbaden, Deutscher Universitäts-Verlag GMBH, 2000.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2017.
- Flexner Abraham, Is Social Work A Profession: Proceedings of The National Conference of Charities and Correction, Chicago, The Hildmann Printing Company, 1915.
- General Medical Council, Good Medical Practice, Manchester, General Medical Council Publications, 2013.
- Gökcan Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Güncellenmiş 2. baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Gregoria François, Büyük Ahlak Doktrinleri, Çeviren Cemal Süreya, İstanbul, Varlık Yayınları, 1971.
- Hakeri Hakan, "Ebe ve Hemşirelerin İdare Hukuku Açısından Sorumluluğu", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Sempozyumu III içinde 440-446, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010.
- Houle O. Cyril, Continuing Learning in the Professions, San Francisco, Jossey-Bass Inc., 1980.
- Hume David, İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme, Çeviren Ergün Baylan, Ankara, Bilgesu Yayıncılık, 2009.
- Hurka Thomas ve Copp David, "Value Theory", The Oxford Handbook of Ethical Theory içinde 357-379 Editör David Copp, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- International Labour Organization, International Standard Classification of Occupations, Geneva, ILO Publications, 1958.
- International Labour Organization, International Standard Classification of Occupations: ISCO-08 Version 1 Geneva, ILO Publications, 2012.
- Kabukçuoğlu Özer Fatma Dilek, Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Kalabalık Halil, "Ebe ve Hemşirelerin İdare Hukuku Açısından Sorumluluğu", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Sempozyumu III içinde 332-405, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010.
- Kayıhan Şaban ve Bağcı Ömer, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 1. basım, İstanbul, Umuttepe Yayınları, 2016.
- Kender Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 14. baskı, İstanbul, Arıkan Basım Yayın, 2014.
- Kılhoğlu İsmail, İnsan ve Değerler Kavramı Açısından Ahlak ve Hukuk, İstanbul, Büyüyenay Yayınları, 2020.



- Koca Mahmut, "İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Cezai Sorumluluk", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu içinde 216-361, Editörler Murat Şen ve Ahmet Başözen, İstanbul, Roche Müstahzarları AŞ., 2009.
- Kollektif, Türkçe Sözlük, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 2011.
- Korzybski Alfred, "The Role of Language in the Perceptual Processes", Perception: An Approach To Personality içinde 170-205 Editörler Robert R. Blake ve Glenn V. Ramsey, New York, Ronald Press Company, 1951.
- Kupperman J. Joel, "Axiological Ethics", The Oxford Companion to Philosophy New Edition, içinde 73-74 Editör Ted Honderich, New York, Oxford University Press, 2005.
- Mahmutoğulları Serhal Nur, Avukatlık Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2007.
- Oğuzman Kemal ve Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt- 2, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Omağ Merih Kemal, Banka ve Sigorta Hukuku, 3. baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2009.
- Omağ Merih Kemal, Özel Sigorta Hukukuna Hâkim İlke ve Kurumlar (1975-2016) Makaleler-Tebliğler, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Öktem Niyazi ve Türkbağ Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İkinci Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2001.
- Reisoğlu Safa, Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 1.7.2021'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yirmibeşinci Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2014.
- Rohleder Poul, Critical Issues in Clinical and Health Psychology, London, SAGE Publications, 2012.
- Savaş Halide, "Ebelerin Hukuki Sorumluluğu", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Sempozyumu III içinde 479-490, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010.
- Şenocak Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2000.
- Tamba-Mecz Irène, Anlambilim, Çeviren Necmettin Sevil, İstanbul, İletişim Yayınları, 1998.
- The American Psychological Association, Guidelines on Hospital Privileges for Psychologists: Credentialing and Bylaws, Washington, APA Publications, 1991.
- Uzun Elif, Hukuk Dili ve Adli Yazışmalar, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2013.
- Ünan Samim, İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul, Beta Yayınları, 1988.
- Ünan Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi 6. kitap Sigorta Hukuku Cilt II Zarar Sigortaları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- White W. Barbara, Sowers M. Karen ve Dulmus N. Catherine, The Profession of Social Work, New Jersey, John Wiley & Sons Inc., 2008.
- World Health Organization, State of the World's Nursing 2020: Investing in Education, Jobs and Leadership, Geneva, WHO Publications, 2020.

Yenerer Çakmut Özlem, “Tıbbi Uygulamalarda Ebelerin Cezaî Sorumluluğu”, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Sempozyumu III içinde 490-512, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010.

### Tezler

Akşehirli Soner, “Temel Anlambilim (Semantik) Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, Yüksek Lisans Tezi, Ege Üniversitesi, İzmir, 2004.

Uçaryılmaz Talya Şans, “Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek Bona Fides İlkesi”, Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ankara, 2018.

Tepedelen Zekeriya, “Zorunlu Sigortalarda Güvence Hesabı”, Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Gaziantep, 2016.

### Makaleler

Aktaş Sururi, “Hukukta Yorum Çabaları,” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, C. 15, S. 3-4, s. 1-33.

Barut Evren ve Odacıoğlu Mehmet Cem, “Anlambilim Teorilerindeki Temel ve Yan Anlam Kavramları ve Anlambilim-Çeviribilim İlişkisi”, *Tarih Okulu Dergisi*, 2018, C. 11, S. XXXIII, s. 927-943.

Brugger, Winfried, “Concretization of Law And Statutory Interpretation”, *Tulane European and Civil Law Forum*, 1996, C. 11, s. 207-250.

Cervone P. Frank ve Mauro M. Linda, “Ethics, Cultures, and Professions in the Representation of Children”, *Fordham Law Review*, 1996, C. 64, S. 4, s. 1975-1990.

DeLeon H. Patrick ve Borreliz Mark, “Malpractice: Professional Liability and the Law”, *Professional Psychology: Research and Practice*, 1978, C. 9, S. 3, s. 467-477.

Demir Mehmet, “İlaç Kullanımı, Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, S. 89, s. 96-128.

Doğan Murat, “Eczacının Tazminat Sorumluluğu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 7, S. 3-4, s. 1-18.

Dörken Herbert, “Malpractice Claims Experiences of Psychologists: Policy Issues, Cost Comparisons with Psychiatrists, and Prescription Privilege Implications”, *Professional Psychology: Research and Practice*, 1990, C. 21, S. 2, s. 150-152.

Editorial, “Professional Negligence”, *University of Pennsylvania Law Review*, 1973, C. 121, S. 3, s. 628-689.

Ersoy Yüksel, “Tıbbî Hatanın Hukukî ve Cezaî Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, S. 53, s. 161-189.

Gelir Mehmet Zeki, “Kötü Kelimesinin Kökeni Üzerine”, *Çukurova Üniversitesi Türko-  
loji Araştırmaları Dergisi*, 2019, C. 4, S. 1, s. 83-99.

Haas J. Leonard ve Fennimore Don, “Ethical and Legal Issues in Professional Psychology: Selected Works 1970-1981”, *Professional Psychology: Research and Practice*, 1983, C. 14, S. 4, s. 540-548.

Hall H. Richard, “Professionalism and Bureaucratization”, *American Sociological Review*, 1968, C. 33, S. 1, s. 92-104.

- Hampton P. Lawrence, "Malpractice in Psychotherapy: Is there a Relevant Standard of Care?", *Case Western Reserve Law Review*, 1984, C. 35, S. 2, s. 251-281.
- Isele P. William, "Malpractice Liability of the Mental Health Professional", *Professional Psychology: Research and Practice*, 1975, C. 6, S. 4, s. 399-412.
- Işık Mürşit ve Kan Arzu, "Türkiye'de Zorunlu Tarım Sigortalarının Uygulanabilirliği", *Sosyoekonomi*, 2007, S. 2, s. 29-42.
- İba Şeref, "Ülkemizde 'Torba Kanun' ve 'Temel Kanun' Uygulamaları", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, S. 1, s. 197-202.
- Kara Hacı, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yeni Düzenlemeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, S. 107, s. 353-388.
- Kara Hacı, "Yargıtay ve Hakem Kararlarına Göre Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021, C. 33, S. 152, s. 255-303.
- Karademir Dilek, "Son Kanun Değişiklikleri Işığında Hâkimin Hukuki Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, S. 119, s. 241-276.
- Karasu Rauf, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, S. Özel Sayı 2, s. 683-706.
- Nellis L. Joseph, "Comments on Professional Liability Insurance and the Psychologist", *Professional Psychology: Research and Practice*, 1975, C. 6, S. 3, s. 272-274.
- Nelson L. Douglas, McEvoy Cathy ve Schreiber A. Thomas, "The University of South Florida Word Association, Rhyme and Word Fragment Norms", *Behavior Research Methods, Instruments, & Computers*, 2004, C. 36, S. 3, s. 402-407.
- Ölmez Fatih, "İşveren Sorumluluk Sigortası", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, C. 22, S. 3 Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 2131-2149.
- Özel Çağlar ve Büyüktanır Özcan Burcu, "Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 2011, C. 66, S. 2, s. 327-344.
- Pope S. Kenneth, Simpson N. Henry ve Weiner F. Myron, "Malpractice in Outpatient Psychotherapy", *American Journal of Psychotherapy*, 1978, C. 32, S. 4, s. 593-602.
- Sav Bahattin, "Anlam Değişmeleri Üzerine Artzamanlı Bir İnceleme", *Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 23, S. 1, s. 147-166.
- Schmidt D. Lyle, "Some Legal Considerations for Counseling and Clinical Psychologists", *Journal of Counseling Psychology*, 1962, C. 9, S. 1, s. 35-44.
- Snizek E. William, "Hall's Professionalism Scale: An Empirical Reassessment", *American Sociological Review*, 1972, C. 37, S. 1, s. 109-114.
- Sözer Ali Nazım, "Bilim ve Hukuk", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, C. 20, S. Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, s. 1081-1117.
- Vallis T. Michael ve Howes L. Janice, "The Field of Clinical Psychology: Arriving at a Definition", *Canadian Psychology*, 1996, C. 37, S. 2, s. 120-127.
- White E. Alvin ve Gross B. Ruth, "Professional Liability Insurance and the Psychologist", *Professional Psychology: Research and Practice*, 1975, C. 6, S. 3, s. 267-271.
- Wright H. Rogers, "Psychologists and Professional Liability (Malpractice) Insurance: A Retrospective Review", *American Psychologist*, 1981, C. 36, S. 12, s. 1485-1493.

Yılmaz Ejder, "Adli Yazı Dili", *Ankara Barosu Dergisi*, 1991, S. 5, s. 709-720.

Zırhloğlu Gürol, "David Hume'un Sevgi ve Nefret Konusuna İlişkin Deneyleri", *Felsefe Dünyası Dergisi*, 2021, C. Yaz, S. 73, s. 245-266.

## İnternet

BBC News Türkçe, Robson David, "Kişilik Psikolojisi Kötülüğü Nasıl Açıklıyor?", Erişim Tarihi: Ekim 03, 2021, [https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/07/150720\\_vert\\_fut\\_kotuluk](https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/07/150720_vert_fut_kotuluk).

European Council of Medical Orders, "Principles of European Medical Ethics", Erişim Tarihi: Aralık 29, 2021, <http://www.ceom-ecmo.eu/en/view/principles-of-european-medical-ethics>.

European Medicines Agency, "Good Clinical Practice", Erişim Tarihi: Aralık 29, 2021, <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/research-development/compliance/good-clinical-practice>.

European Medicines Agency, "Good Manufacturing Practice", Erişim Tarihi: Aralık 29, 2021, <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/research-development/compliance/good-manufacturing-practice>.

Hürriyet, Anonim, "Türk Sinemasının 9 Kem Gözlü Kötü Kadın Karakteri", Erişim Tarihi Ekim 03, 2021, <https://www.hurriyet.com.tr/aile/galeri-turk-sinemasinin-9-kem-gozlu-kotu-kadin-karakteri-383954/1>.

Medical Council of New Zeland, "Good Medical Practice", Erişim Tarihi: Aralık 29, 2021, <https://www.mcnz.org.nz/assets/standards/b3ad8bfa4/Good-Medical-Practice.pdf>.

Milliyet, Salik Rüya, "Tüm Zamanların En Efsane 15 Kötü Adam Karakteri ve Aktörleri", Erişim Tarihi Ekim 03, 2021, <https://www.milliyet.com.tr/tum-zamanlarin-en-efsane-15-kotu-adam-karakteri-ve-aktorleri-molatik-2536/>.

T.C Sağlık Bakanlığı, "2019-2023 Stratejik Planı Güncellenmiş Versiyon 2022", Erişim Tarihi: Ocak 10, 2022, <https://sgb.saglik.gov.tr/Eklenti/35748/0/tc-saglik-bakanligi-2019-2023-stratejik-plani-guncellenmis-versiyonupdf.pdf>.

TDK Güncel Türkçe Sözlük, "Kullanmak", Erişim Tarihi: Haziran 17, 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

TDK Güncel Türkçe Sözlük, "Meslek", Erişim Tarihi: Aralık 31, 2021, <https://sozluk.gov.tr/>.

TDK Güncel Türkçe Sözlük, "Profesyonel", Erişim Tarihi: Aralık 31, 2021, <https://sozluk.gov.tr/>.

The British Psychological Society, "A to Z of Psychology", Erişim Tarihi: Ocak 09, 2022, <https://www.bps.org.uk/public/a-z-of-psychology>.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, "Sigortacılık Kanunu Tasarısı Genel Gerekçesi", Erişim Tarihi: Aralık 31, 2021, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1364m.htm>.

Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu, "İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu", Erişim Tarihi: Aralık 29, 2021, [https://titck.gov.tr/storage/Archive/2020/legislation/KADKLVZ01IKU13.11.2015Rev08\\_13ac0133-274b-44dc-98cd-33998758cc72.pdf](https://titck.gov.tr/storage/Archive/2020/legislation/KADKLVZ01IKU13.11.2015Rev08_13ac0133-274b-44dc-98cd-33998758cc72.pdf).

U.S. Food and Drug Administration, "Good Clinical Practice", Erişim Tarihi: Aralık 29, 2021, <https://www.fda.gov/about-fda/center-drug-evaluation-and-research-cder/good-clinical-practice>.

World Medical Association, "WMA Declaration of Helsinki-Ethical Principles For Medical Research Involving Human Subjects", Erişim Tarihi: Ocak 06, 2022, <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for-medical-research-involving-human-subjects/>.

### **Mahkeme Kararları**

Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 8. HD, 21.09.2018, E. 2018/355, K. 2018/981.

Yargıtay 12. CD, 02.06.2014, E.2013/21826, K.2014/13510.

Yargıtay 12. CD, 13.11.2014, E.2013/30372, K.2014/22806.

Yargıtay 12. CD, 27.02.2018, E.2017/9921, K.2018/2180.

Yargıtay 12. CD, 27.03.2014, E.2013/16315, K.2014/7715.

Yargıtay 12. CD, 31.10.2014, E.2013/26279, K.2014/21535.

Yargıtay 3. HD, 07.10.2020, E.2020/3730, K.2020/5604.

Yargıtay 12. HD, 17.12.2015, E. 2014/22730, K.2015/19357.

Yargıtay 13. HD, 24.01.2012, E.2011/16458, K.2012/899.

Yargıtay 13. HD, 04.07.2013, E.2012/22838, K.2013/18421.

Yargıtay 13. HD, 04.07.2013, E.2012/22865, K.2013/18422.

Yargıtay 13. HD, 05.04.2017, E.2015/18038, K.2017/3975.

Yargıtay 22. HD, 12.12.2016, E.2016/31994, K.2016/26706.

Yargıtay 4. HD, 02.03.2010, E.2009/5639, K.2010/2114.

Yargıtay 4. HD, 16.01.2017, E.2005/15940, K.2007/123.

Yargıtay 4. HD, 14.03.2019, E.2016/5065, K.2019/1462.

Yargıtay 4. HD, 28.09.2021, E. 2019/3172, K. 2021/5588.

# KAT MÜLKİYETİ KANUNU'NA GÖRE TOPLU YÖNETİME GEÇEMEMİŞ ŞAHİS TOPLULUĞUNUN HUKUKİ DURUMU

Hamdi YASAMAN\*

Kat Mülkiyeti Kanunu 23.06.1965 tarihinde kabul edilmiş ve 02.01.1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kat mülkiyeti, bir parsel üzerinde yapılmış veya yapılacak bağımsız bölümleri içeren bir ana yapı, bağımsız bölümler üzerinde mülkiyet hakkı, ortak yerler üzerinde arsa payına bağlı paylı mülkiyet esasının kabul edildiği “özel bir mülkiyet türüdür. 1983 yılında KMK’da değişiklik yapılmış ve klasik “dikey kat mülkiyeti” yanında “yatay kat mülkiyeti” kabul edilmiştir.

KMK’nın 2007 tarihindeki değişikliğinden önceki dönemde kat mülkiyeti ancak tek bir parsel üzerinde tesis edilebiliyordu. Bir parsel üzerinde dikey kat mülkiyeti olarak tek bina veya yatay kat mülkiyeti olarak birden çok müstakil villa yapılabiliyordu. 2007 yılında 5711 sayılı Kanun’la KMK’da değişiklik yapılmış ve 66 vd. maddelerinde birden çok parsel üzerinde birlikte yönetim ile ilgili hükümler getirilmiştir. Bu hükümlere göre, birden çok parsel için tek bir inşaat projesi yapılmakta ve bağımsız bölümler yanında ortak alan ve tesisler toplu yapı içinde yönetilebilmektedir.

Kat mülkiyeti tesis edilmemiş parsel ya da parseller söz konusu olduğunda KMK’nın uygulanamayacağı tabiidir. Böyle parsellerde çıkan ihtilaflarda uygun geldiği ölçüde Türk Medeni Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Genel hükümler ile de sorun çözülemediği hallerde Hâkim, “*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir*” şeklindeki TMK’nın 1. maddesi hükmüne göre karar verecektir.

\* Prof. Dr., GSÜ Hukuk Fakültesi E. Öğretim Üyesi

Türkiye'deki binaların büyük çoğunluğunda iskân ruhsatı yoktur. Kat mülkiyeti ise iskân belgesi alındıktan sonra kurulabilmektedir. Bu bakımdan ülkemizde parsel veya parseller bağlamında KMK uygulanmadığından genel hükümler uygulanmakta ve sorunlar çözümsüz kalmaktadır.

## I- KAT MÜLKİYETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ- TOPLU YAPININ HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Eşya Hukukunda belirlilik ilkesi geçerlidir. Buna göre, bir aynı hakkın konusu ancak belirli, münferit ve tek eşya olabilir.<sup>1</sup> Aynı hakkın konusu sınırlandırılmış maddi varlık olarak eşyadır. Bunun bütünlüyci parçaları, bütünden ayrı olarak aynı hak konusu olamaz. KMK'da bu ilkedan ayrılmış ve bir taşınmazın bütünlüyci parçası olan kat, daire gibi bölümleri üzerinde ayrı ayrı mülkiyet hakkı kurulabileceği kabul edilmiştir.

KMK'nın 1. maddesine göre "Başlı başına kullanılmaya elverişli yapı bölümleri üzerinde bağımsız mülkiyet hakları kurulabilir". KMK'nın 3. maddesinde ise "Kat mülkiyeti, arsa payı ve ana gayrimenkuldeki ortak yerlerde, bağlantılı özel bir mülkiyettir". Kat mülkiyetinde birden fazla bağımsız bölüm bulunduğundan birçok kişinin ortak menfaatlerinin de göz önünde tutulması gerekir. Bağımsız bölüm üzerinde, kat malikinin bireysel menfaatleri korunurken, ortak yerlerle ilgili bunların kullanılması, yararlanılması ve yönetiminde ortak menfaatlerin gözetilmesi gerekir. Kat mülkiyeti bireysel mülkiyet ile birlikte mülkiyetin bir araya getirildiği özel bir mülkiyet türüdür.<sup>2</sup> Kat mülkiyeti arsa payı ve ana gayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı bir mülkiyettir (KMK m. 3 f.1).

2. Klasik kat mülkiyetinin yanında, "toplu yapı", birden fazla gayrimenkulün (imar parselinin), bağımsız bölümler dışında ortak kullanım yerleri, sosyal tesis, spor alanların yönetimi bakımından birbirleriyle bağlantılı olması halidir. KMK'nın 66. maddenin 1. fıkrasında şu tanım verilmiştir:

<sup>1</sup> Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Eşya Hukuku, no. 120; Arzu Genç Arıdemir, Kat Mülkiyeti, C. I, İstanbul 2021, s. 34 ve dñn 107'de anılan yazarlar

<sup>2</sup> Kat mülkiyetinin hukuki niteliği ile görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Arzu Genç Arıdemir, Kat Mülkiyeti, s.34 vd.



*“Toplu yapı, bir veya birden çok imar parseli üzerinde, belli bir onaylı yerleşim plânına göre yapılmış veya yapılacak, alt yapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetler ile bunların yönetimi bakımından birbirleriyle bağlantılı birden çok yapıyı ifade eder”.*

Toplu yapı, klasik kat mülkiyetinden farklı özellikleri olan kat mülkiyetinin özel bir türüdür.<sup>3</sup> Kat maliki, bağımsız bölümünde klasik kat malikine benzer hak ve yetkilere sahiptir. Ancak ortak yerlerde farklı düzenlemeler vardır. Ortak yerler tüm kat maliklerinin yararlanmasına tahsis edilmiş olup, bundan doğan ortak giderlere katlanma yükümü mevcuttur. Toplu yapıda ortak yerler bakımından farklı oluşumlar oluşturulabilir; blok yapı ortak yerleri, ada ortak yerleri, parsel ortak yerleri, toplu yapı ortak yerleri oluşturulabilir ve her biri bakımından bunların yönetimini sağlayacak kat malikleri kurulları ve yönetim kurulları oluşturulabilir.

3. Kat mülkiyeti tapuda tesis edilirken klasik kat mülkiyeti veya toplu yapı tesis edilirken tapuya yönetim planı da kaydettirilir. Bu yönetim planı kat malikleri arasındaki bağımsız bölümler, ortak bölümler ve bunların yönetimi ile ilgili tüm hususları düzenleyen kat mülkiyeti birliğinin **“statüsü”**dür. **“Kat malikleri birliği”** Türk Hukukunda tüzel kişiliği bulunmayan bir şahıs birliğidir. Kanun bu şahıs birliğine kısmi hak ehliyeti tanımıştır.<sup>4</sup> Kat mülkiyeti birliğinde kat maliklerinin bağımsız bölümleri, eklentileri ve ortak yerleri kullanma, yönetme konusunda menfaat birlikteliği mevcuttur.

4. Yönetim planı eşyaya bağlı borç ilişkisi kuran sözleşme hükmündedir.<sup>5</sup> Kat mülkiyeti kurulurken taşınmazın birden çok maliki olabileceği gibi, tek bir maliki de olabilir. Tek malikin bulunduğu halde, yönetim planı sadece onun tarafından imzalanacağı için işlem iki taraflı hukuki işlem (sözleşme) niteliğini taşımayacaktır. Bu sebeple kanun koyucu bilinçli olarak yönetim planını sözleşme değil sözleşme hükmünde olarak nitelendirmiştir.<sup>6</sup> Yönetim planının cüzi halefler

<sup>3</sup> Seda Öktem Çevik, Toplu Yapılarda Yönetim, İstanbul 2010, s.38 vd.

<sup>4</sup> Arzu Genç Arıdemir, Kat Mülkiyeti, s. 44-45; Haluk Nami Nomer, Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar, İstanbul 2008, s. 14

<sup>5</sup> Yönetim planının hukuki niteliği hakkında bkz. Arzu Genç Arıdemir, Kat Mülkiyeti, 498 cd.

<sup>6</sup> Abdülkadir Arpacı, Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, s. 49; Mahir Ersan Germeç, Kat Mülkiyeti Hukuku, Ankara 2019, s. 680

bakımından bağlayıcılığı, kat malikleri arasında oluşan birlik ilişkisine dayanmaktadır. Kat malikleri arasında tüzel kişiliği olmayan bir kişi birliği bulunmaktadır. Yönetim planı da bu birliğin statüsünü oluşturmaktadır.<sup>7</sup> Statü niteliğindeki yönetim planı, bu yönetim planını imzalayanlar ile bunların cüzi ve külli haleflerini bağlar. Diğer bir ifade ile bağımsız bölüm 3. bir kişiye devredildiğinde, yönetim planı bu kişiyi bağlar. Bundan başka bağımsız bölüm sahibinin ölmesi halinde külli halefler de bu yönetim planı ile bağlıdırlar.

Toplu yapı kurulan parsellerin tümü müteahhit şirkete ait olabilir. Bu şirket tapuda kat mülkiyetini tesis eder ve yönetim planını tek başına imza eder. Sözleşmelerde en az iki taraf olması gerekirken, yönetim planı sadece şirket tarafından imzalanmıştır. Bu husus da yönetim planının bir sözleşme olmayıp anonim ortaklıklardaki esas sözleşme gibi kat malikleri birliğinin statüsüdür.

## II- TOPLU YAPININ KURULMASI

Toplu yapı iki halde tesis edilebilir. Bunlardan birincisi, birden fazla parselde inşaatın tamamlanması, iskân alınmasından sonra KMK'nın 66 vd. maddelerindeki tüm şartları yerine getirmek kaydı ile tapuda fazla parsel üzerinde kat mülkiyeti kurulur.

Toplu yapıya geçmek için ikinci hal ise münferit parsellerde daha önce kat mülkiyeti kurulmuş olmasıdır. Kat mülkiyeti kurulmuş olan birden çok parsel, toplu yapıya geçmek isteyebilir. Bu halde, her parsel bağlamında kat malikleri toplanarak ve çoğunluk kararı ile yönetim planlarını değiştirerek toplu yapıya geçme kararı alabilirler. Tabiiyatıyla söz konusu parsellerin KMK'nın 66 vd. maddelerindeki şartlara uygun hukuki durumda olmaları gerekir. KMK'nın geçici 2. maddesinde yönetim planının değiştirilmesi ve toplu yönetime geçmek için aranan 4/5 nisap yerine çoğunluk esası getirilmiştir. Kat mülkiyeti tesisli münferit parseller toplu yönetime geçmek istemeyebilecekleri gibi toplantıda çoğunluk sağlanamayabilir. Bu hallerde toplu yönetime geçilmez ve söz konusu parseller bağımsız olarak münferit kat mülkiyeti statülerini korur ve bu hukuki statüde yönetilir.

<sup>7</sup> Haluk Nami Nomer, Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının Hukuki Niteliği, s. 833, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013

### III- TOPLU YAPIYA GEÇMEMİŞ ŞAHİS TOPLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Türkiye’de iskân alınmamış binlerce yapı vardır. İskân alınmadığı ve dolayısı ile kat mülkiyetine geçemeyen bu taşınmazlarda malikler arasında birçok ihtilaflar mevcuttur.

Uygulamada, iskân alınmadığı için kat mülkiyetine geçilemeyen birçok taşınmaz mevcuttur. Bunlar arasındaki ihtilaflarda, bilhassa çok hissedarlı toplulukta temsil konusunda sorunlar yaşanmaktadır. Bu taşınmaz topluluğu ile ilgili kanunlarımızda TMK ve TBK’da bir hüküm bulunmadığı için, mahkemeler TMK’nın 1. maddesine göre o davaya has olmak üzere kanun vaazı gibi hüküm kurarak karar vermektedirler. Bu konuda Yargıtay HGK kararları da mevcuttur.

Kat mülkiyeti kurulamamış birden çok parsel malikleri bir şahıs topluluğu meydana getirirler. Böyle bir şahıs topluluğu kanunlarımızda düzenlenmemiştir. Bu topluluk içindeki sorunlar ve davalar genel hükümlere göre çözümlenir.

Hukukumuzda şahıs topluluklarının düzenlenmesi Kat Mülkiyeti Kanunu ile Türk Medeni Kanunu’ndaki paylı mülkiyet hükümleridir. Bu iki düzenleme haricinde şahıs toplulukları ile ilgili bir düzenleme yoktur.

Birden çok kişinin sahip olduğu gayrimenkul ya da gayrimenkullerde TMK 688 vd. maddelerine göre paylı mülkiyet veya KMK bağlamında bağımsız bölüm mülkiyeti söz konusudur. KMK bağlamında kat mülkiyeti ya da TMK bağlamında paylı mülkiyet hükümleri geçerlidir. Bu hukuki statüde bulunmayan şahıslar arasında KMK uygulanamayacağı için uygun geldiği ölçüde, bunlar arasında yapılmış olan gayrimenkul satış vaadi ve inşaat sözleşmeleri, diğer bazı sözleşmeler, vekaletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanabilir.

Örnek olarak A parselindeki apartmanda 20 daire, B parseldeki apartmanda 25 daire, C parseldeki apartmanda 30 daire bulunan bir sitede (toplulukta) birlikte toplantılar yapıp çoğunlukla kararlar alınmış, yönetici seçilmiş ve aylık aidatlar tespit edilmiş olabilir. Kat mülkiyeti bulunmayan bu şahıs topluluğunda yönetim veya aidatların tespiti ve ödenmesi konusunda ihtilaf çıkması halinde KMK’nın uygulanmayacağı açıktır. Örnekte olduğu gibi, 75 kat malikinin toplu-

nıp çoğunlukla aldıkları kararlar, bu toplantıya katılmayan veya imzası bulunmayan malikleri bağlamaz. Kat Mülkiyeti olsa idi çoğunlukla alınan kararlar diğer malikleri de bağlar idi. Bu toplantıda çoğunlukla seçilen yönetimin de tüm 75 maliki temsil etmesi mümkün değildir. Kat mülkiyeti bulursa idi yöneticinin kanundan doğan “temsil yetkisi”, davalarda da “dava takip yetkisi” bulunurdu.<sup>8</sup> Bu şekilde yapılan toplantı ve alınan kararlar tümüyle geçersizdir. Açılan dava kat malikleri toplantısının iptali değil, geçersizliğinin tespiti davasıdır.<sup>9</sup>

Böyle bir şahıs topluluğunda, birden çok parselin yönetimi, kat malikleri kurulları, yönetim ve denetim organları, kat maliklerinin hakları ve borçları, özellikle ortak giderlerden sorumluluğu ile ilgili hükümleri vs. açısından Kat Mülkiyeti Kanunu'nun hükümleri uygulanamayacaktır. Bu durumda sorun ya paylı mülkiyet hükümlerine ya taraflar arasındaki hukuki işlem varsa bunların hükümlerine ya da şartları varsa, sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme hükümlerine göre çözümlenecektir.<sup>10</sup>

Örnek vermek gerekirse; İnşaat müteahhidi İ, (A) parseldeki 2 malik ile, (B) parselindeki 4 malik ile, (C) parselindeki 1 malik ile ayrı ayrı gayrimenkul satım vaadi ve inşaat sözleşmesi yapar. Bunlar arasında bu sözleşme hükümleri geçerlidir. (A) parseldeki 2 malik ve (B) parseldeki 4 malik arasında paylı mülkiyet ilişkisi vardır. Yüklenici 3 parseli kapsayan proje yapar ve belediyeye tasdik ettirir. Bu aşamadan sonra

<sup>8</sup> Dava takip yetkisi ancak Kanun'dan doğar. HMK 53. maddede kanuni takip yetkisi düzenlenmiştir. Dava takip yetkisi bir hakka ilişkin bir davayı taraf olarak kendi adına yürütme yetkisidir. Maddi hukuk ilişkisinin tarafı ve usulü ilişkisinin tarafı aynı kişi olması kural iken, bazı hallerde uyuşmazlık konusu olan hukuki ilişkinin tarafı olmayan dava konusu hakka yabancı olan bir kimse de dava takip yetkisine sahip olabilir (Dr. Buse Dişel, Dava Takip Yetkisi, Doktora Tezi, İst. 2020, s.10-11). KMK'nın 35. maddesinde yöneticiye ana taşınmazın genel yönetimi içerisinde kalan işlerde tasarruf yetkisi, dolayısıyla dava takip yetkisi tanınmıştır. Böylece tüm kat maliklerinin davada taraf olmasına ihtiyaç olmadan yönetici dava takip yetkisine dayanarak davada taraf olabilir (Dr. Buse Dişel, Dava Takip Yetkisi, s. 108; Pekcanitez/Taş-Korkmaz, Pekcanitez Usul, C. I, s. 569; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 114; Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, İst. 2000, s. 290; E. Erişir, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, 2007, s.240).

<sup>9</sup> Yargıtay 5. HD.si 2021/15173 E. 2022/3397 K. 2.3.2022 tarihli

<sup>10</sup> Arzu Genç Arıdemir, KMK Geçici m. 2 ile İlgili Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. F. Feyzioğlu'na Armağan, İstanbul 2019, s.205 vd.; Ömer Lütfi Coşar, Toplu Yapılarda 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nu Değiştiren 5711 sayılı Kanun'a “Uyarlanmış” Yönetim Planlarının Uygulaması Sorunu, İBD, C.86, S.2, 2012, s.245.

3 parsel üzerinde projeye göre irtifak hakkı tesis edilir. Yüklenici kendi payına düşen kısımdan 3. kişilere satış yapabilir. (A), (B) ve (C) parsel malikleri de gayrimenkul satım vaadi ile kendilerine isabet eden daireleri satabilirler. Bu halde parsel malikleri yanında yüklenicinin ve/veya parsel maliklerinin sattıkları bölümler ile ilgili bir grup kişi de ortaya çıkar. Müteahhit, üç parselin malikleri ile yüklenicinin ve/veya parsel maliklerinin sattıkları kişiler bir topluluk oluştururlar. İnşaat tamamlanıp Belediye'den iskân alınana kadar bu topluluğun hukuki bir varlığı yoktur; bunlar arasındaki ihtilaflarda genel hükümler uygulanır. Müteahhit ile parsel malikleri arasında gayrimenkul satış vaadi ve inşaat sözleşmesi; parsel malikleri arasında paylı mülkiyet hükümleri, bunlarla diğer müteahhitten veya parsel maliklerinden satın alanlar arasında yerine göre vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme gibi genel hükümle uygulanır. Ne zaman ki iskân alınırsa kat mülkiyeti kurulabilir. Bu evreye kadarki dönemde bu ilişkiye genel hükümler uygulanır. Kat mülkiyeti kurulduktan sonra bu şahıs topluluğu KMK'ya tabi bir süje haline gelir.

Yargıtay birçok kararında henüz toplu yapı yönetimine geçilmesi halinde kat mülkiyeti kanunu hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerektiğine içtihat etmektedir.<sup>11</sup>

Yargıtay HGK'nın 2008/3-531 E. 2008/531 K. 17.9.2008 tarihli kararına konu olan olayda birden çok parselden oluşan Sitede 746 bağımsız bölüm bulunmaktadır. Bu bağımsız bölümlerden 46'si davacı SSA İşletme Kooperatifi'ne, 700'ü davalı (A) Sitesi maliklerine aittir. Söz konusu yerde kat mülkiyeti yoktur. Kooperatif 30.572 TL'lik ödediği faturayı (A) Sitesinden talep etmiştir. Antalya 4. Asliye Hukuk Mahkemesi davanın tüm kat maliklerine açılması gerektiği sebebi ile husumet yönünden davayı reddetmiştir. Yargıtay 3. HD 19078-18095 sayılı ve 29.11.2007 tarihli kararı ile birden fazla parsel üzerinde kurulan sitede KMK uygulanamayacağı ancak yönetim ve temsil konu-

<sup>11</sup> Yarg.20 HD., 2019/1280 E., 2019/1945 K., 19.3.2019 T.; Yarg.20. HD., 2018/3877 E., 2019/2951 K., 25.4.2019 T. i); Yarg.20. HD., 2017/5600 E., 2019/428 K., 24.1.2019 T.; Yarg.18. HD., 26.9.2013, 12004/12326, Yarg.3.HD., 14.4.2011, 1696/6345; Yarg. HGK 2013/18-362 E., 2013/1538 K., 6.11.2013 T.; Yarg. 5. HD. 2020/9606 E. 2021/1943 K. 22.01.22 T.; Yarg. 5. HD. 2021/6918 E. 2021/9365 K. 23.06.2021 T.; Yarg. 5. HD. 2021/12357 E. 2021/14177 K. 01.12.2021 T.; Yarg. 20. HD. 2020/1004 E. 2020/1417 K.01.06.2020 T.; Yarg. 20 HD. 2020/1751 A. 2020/2/15 K. 22.01.2020 T.

sundaki bu boşluğun Hakimce doldurulması gerektiği ve bu davada (A) Sitesi yönetiminin temsil yetkisinin tanınarak davanın esasının incelenmesi gerektiğine hükmetmiş ve yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yerel Mahkeme kararında ısrar etmiş ve dosya HGK önüne gelmiştir. Yargıtay HGK ısrar kararını doğru bulmamış ve Yargıtay 3. HD kararını onaylamıştır.

Yargıtay 3. HD'nin kararında, kat mülkiyetine geçmemiş birden çok parselde kurulmuş Site'de KMK'nın uygulanamayacağını ancak ülkemiz şartları dahilinde kooperatifler tarafından inşa edilen toplu yapılarda maliklerin ortak kullanımına ayrılmış tesis ve alanlarda ısıtma, aydınlatma, temizlik, bakımları itibariyle yönetilmesi ve yönetim giderlerinin karşılanması gerektiğini belirttikten sonra aynen şu gerekçeyi yazmıştır:

*"Bu olayda KMK, TMK ve Kooperatifler Kanunu'nun uygulanması mümkün değildir. "Özellikle yönetim ve davada taraf olabilme ehliyeti yönünden doğan yasal boşluğun doldurulmaması, tüm maliklerin birlikte dava açabileceğinin veya masrafı yapan kişinin diğer maliklere karşı rücu davası açabileceğinin kabul edilmesi uyuşmazlıkları çözümsüzlüğe terk etme sonucunu doğurur. Bu durum karşısında, benzer kurum ve kuruluşlar için yasalarımızda öngörülen düzenlemelerden örnekleme yoluyla yararlanarak hak ve adalete, usul ve dava ekonomisine uygun, toplu yapı içinde sosyal barışı sağlayıcı bir çözüm bulunması gerektiğinde duraksamamalıdır.*

Site birden fazla parsel üzerinde kurulu olduğundan, davada kat mülkiyeti hükümleri tatbik edilemez ise de ülkemizde yaşanan ekonomik ve sosyal gelişme ile nüfus artışının doğurduğu işyeri ve konut ihtiyacının karşılanması amacıyla kooperatifler eliyle inşa edilen toplu yapıların kullanıma başlandığı bilinen bir gerçektir. Bu nitelikteki toplu yapılaşmalarda maliklerin ortak kullanımına ayrılmış tesis ve alanlarda ısıtma, aydınlatma, temizlik yapılması ve bu yerlerin bir disiplin içinde bakılıp onarılması, sonucu itibariyle yönetilmesi ve yönetim giderlerini karşılaması gerekmektedir. Bu tür yapıların yönetimiyle ilgili uyuşmazlıklarda Kat Mülkiyeti Kanunu, Medeni Kanun'un toplu mülkiyete ilişkin hükümleri veya Kooperatifler Kanun'unun uygulanması mümkün değildir.

O nedenle, özellikle yönetim ve davada taraf olabilme ehliyeti yönünden doğan yasal boşluğun doldurulmaması, tüm maliklerin birlikte dava açabileceğinin veya masrafı yapan kişinin diğer maliklere karşı rücu davası açabileceğinin kabul edilmesi uyumsuzlukları çözümsüzlüğe terk etme sonucunu doğurur. Bu durum karşısında, benzer kurum ve kuruluşlar için yasalarımızda öngörülen düzenlemelerden örnekleme yoluyla yararlanarak hak ve adalete, usul ve dava ekonomisine uygun, toplu yapı içinde sosyal barışı sağlayıcı bir çözüm bulunması gerektiğinde duraksamamalıdır.

Bu şekilde oluşturulan yönetimin sözleşmeden kaynaklanan yetkileri malikler adına temsilci sıfatıyla kullanabilmeleri için, açıklanan sebeplerle tüzel kişiliğinin oluşması da gerekmez.

Böyle olunca da davacının talep ettiği yönetim giderleri yönünden davalı yönetimin sözleşmeden kaynaklanan temsil görevi dahilinde davada taraf ehliyetinin bulunduğu benimsenerek işin esasına girilip bir karar verilmesi en uygun çözüm olacaktır”.

Birden çok parselin toplu yönetime geçemediği hallerde, parseller arasında sözleşme yapılmış ise öncelikle bu sözleşmenin uygulanması gerekir. Toplu yapı için işlemlere başlanmış, parsellerin müşterek yönetim planı tapuya kaydedilmiş ancak diğer kanuni şartlar gerçekleşmediği için toplu yapıya yani kat mülkiyeti geçilmemişse, bu halde de müşterek sözleşme (yönetim planı) uygulanır. Yargıtay 20. HD'nin 2020/2756 E. 2020/3009 K. 16.09.2020 tarihli kararı buna emsaldir. Yargıtay HGK 2020/1314 E. 2020/1606 K. 01.11.2001 tarihli kararında, Mavi Şehir Sitesi birden çok parsel üzerine inşa edilmiş, blok apartmanlardan oluşmuştur. Toplu yapıya geçemeyen bu parsellerde KMK'nın uygulanmayacağı belirtilmiştir. Ancak parseller arasında yapılmış ortak bir sözleşme mevcuttur. Bu halde söz konusu sözleşme taraflar arasında uygulanmalıdır.

Buna karşılık parsel bazında bağımsız kat mülkiyetlerinin varlığı halinde her parsel için kendi ilgili yönetim planı uygulanır. Örneğin 3 parselde kat mülkiyeti tesis edilmiş ve yönetim planları tapuya ayrı ayrı kaydedilmiş ise bu yönetim planlarının 3 parsel bakımından bağlayıcılığı yoktur. Diğer bir ifade ile bunlar parseller arasında bir sözleşme yaratmazlar.



**SONUÇ** : KMK'nın 2007 tarihli değişikliğinden önce kat mülkiyeti ancak tek bir parsel üzerinde kurulabiliyordu. KMK'ya 2007 değişikliği ile "toplu yapı" ile ilgili 66 vd. maddeleri eklendi. Bu değişiklikten sonra birden çok parsel üzerinde kat mülkiyeti kurularak birden çok parselin birlikte yönetilebilmesi ve ortak tesislerden yararlanılabilmesi yolu açıldı. 2007 yılından önce parsel bazında kat mülkiyeti tesis etmiş parsellerin de KMK'nın geçici 2. maddesine göre çoğunlukla verecekleri karar ile diğer başka parsellerle KMK'nın 66 vd. maddelerindeki şartları yerine getirmek kaydı ile toplu yapıya geçebilecekleri hükme bağlandı. Daha önce kat mülkiyeti tesisli parsellerin toplu yapıya geçmemeleri halinde eski hukuki rejimine tabi olduğu, diğer bir ifade ile bağımsız kat mülkiyeti sebebiyle KMK'ya tabi olarak hayatiyetlerini devam ettireceği tabiidir.