

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. R. Erinc Sağkan
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdürü / Managing Director

Av. Veli Küçük, TBB Genel Sekreteri

Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

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

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

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

Abdussamet Tekin

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Havutçu

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhuğlu

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özekes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel Özel

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sultan Üzeltürk

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

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

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

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

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

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

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği 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 : 29. 04. 2024

* (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

- 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.
- 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.
- İlk maddedeki kural "çeviriler" için de geçerli olup çeviri olarak gönderilen yazıların makalede aranan tüm koşulları taşıması gereklidir.
- Yazar tarafından Dergi'de yayınlanma istemiyle aynı anda sadece bir yazı gönderilebilir. Anılan yazı yayımlandıktan/değerlendirme süreci tamamlandıktan sonra ikinci yazı gönderilmelidir.
- 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.
- 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 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 kelimededen 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

- 1 Dilan CAN BAYHAN**
Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 6284 Sayılı Kanunda Düzenlenen Tedbir Kararları ve Zorlama Hapsi
Injection Decisions and Forced Prison Regulated in Law Numbered 6284 in The Light of The Constitutional Court Decisions
- 67 Osman Gazi ÜNAL**
Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a Getirilen Geçici Madde 10 Hükmü Üzerine Bir İnceleme
A Review on The Provisional Article 10 Entered into The Law on The Execution of Sentences and Security Measures
- 121 Mesut KÖKSOY**
Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca Tarafsızlığından Şüpheli Edilmeyi Haklı Gösteren Durum ve Koşullar Nedeniyle Hakemin Reddi
Challenge of The Arbitrator due to The Circumstances and Conditions That Justify How to Doubt Impartiality According to The Code of Civil Procedure
- 179 Emel BADUR**
Noterin Taşınmaz Satış Sözleşmesinin Düzenlenmesinde Tarafları Aydınlatma Yükümlülüğü
The Notary's Obligation to Inform The Parties in The Concluding of The Real Estate Sales Contract
- 217 Alper KÜÇÜKAY - Burcu KÜÇÜKAY**
Psikolojik Bozuklukların Tedavisinde Aydınlatılmış Onam
Informed Consent in The Treatment of Psychological Disorders
- 255 Vural SEVEN**
Doğal Afet Sigortaları Kurumu'nun (DASK) Hukuki Durumu ve Kahramanmaraş Depremi Sonucunda Ortaya Çıkan Güncel Gelişmeler
The Legal Status of The Turkish Natural Catastrophe Insurance Pool (TCIP) and Current Developments Arising from The Kahramanmaraş Earthquake
- 289 Efe DÜNDAR**
Kurumsal Yönetim Perspektifinde İş Adamı Kararı İlkesinin Bir Değerlendirmesi
An Evaluation of The Business Judgement Rule in The Perspective of Corporate Governance

319 Buğra FINDIKLI

Limited Şirketlerde Kanuni Temsilcilerin ve Ortakların Amme Alacaklarından Doğan Sorumluluğunun Karşılaştırılması

Comparison of The Liability of Legal Representatives and Their Partners for Public Receivables in Limited Companies

355 Alptekin Burak BOYDAK

İŞçinin İş Sözleşmesini Mobbing Nedeniyle Fesih Hakkı

The Right of Employee to Terminate The Employment Contract due to Mobbing

371 Giray Saynur DERMAN - Ali Serdar YÜCEL - Murat KORKMAZ

15 Temmuz Darbe Girişiminin Toplumsal Yansıması: Uygulamalı Bir Araştırma

Social Reflection of July 15 Coup Attempt: An Applied Research

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Mart-Nisan 2024 sayısı ile karşınızdayız.

*

31 Mart 2024 Mahalli İdareler Seçimleri ile birlikte uzun seçim maratonunu ülke olarak geride bıraktık.

Türkiye Barolar Birliği, önceki seçimlerde olduğu gibi yurttaşların sandıkta gösterdikleri iradenin sonuçlara en doğru şekilde yansıması için çaba gösterdi. Bunun için *Seçmenler için Hukuk Rehberi* ve *Müşahitler için Seçim Rehberi* kitapçıklarını hazırlayarak kullanıma sunduk. Ayrıca seçim günü ulaşılabilecek bir Seçim Güvenliği Merkezi oluşturduk. Türkiye'nin dört bir yanından yurttaşların, hatta görevlilerinin sorularına anında cevap verdik, kriz yaşanan merkezlere meslektaşlarımızı yönlendirdik.

Demokrasinin tacı olan seçimlerle ilgili gündemi demokrasimize yakışır şekilde geride bıraktık.

*

Dergimizin bu sayısında her birbirinden değerli on makale yer alıyor. Hukukun çok farklı disiplinleri çerçevesinde dergimize katkı sağlayan yazarlara, hakemlere ve yayınlarımızın sizlere ulaşmasını sağlayan Türkiye Barolar Birliği Dergisi çalışanlarımıza teşekkür ediyorum.

Saygılarımla

Av. R. Erinç SAğKAN

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA 6284 SAYILI KANUNDA DÜZENLENEN TEDBİR KARARLARI VE ZORLAMA HAPSI

INJECTION DECISIONS AND FORCED PRISON REGULATED IN LAW NUMBERED 6284 IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS

Dilan CAN BAYHAN*

Özet: 6284 sayılı Kanun kapsamında, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesine dair alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir. Kanunda düzenlenen koruyucu ve önleyici tedbir kararları ile şiddetin önlenmesi ve şiddet mağdurlarının korunması hedeflenmektedir. Çalışmamızda, 6284 sayılı Kanun'da düzenlenen koruyucu ve önleyici tedbir kararları, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar ışığında inceleme konusu yapılmıştır. Ardından, koruyucu ve önleyici tedbir kararlarına aykırı davranıldığına hükmedilen zorlama hapsi, Anayasa Mahkemesi kararları ışığında değerlendirilmiştir. Çalışmamızda, Anayasa Mahkemesi tarafından koruyucu ve önleyici tedbir kararları ve zorlama hapsine ilişkin verilen kırk sekiz adet karar inceleme konusu yapılmıştır. Kanunun sistematığına uygun bir biçimde, Anayasa Mahkemesi kararları esas alınarak hazırlamış olduğumuz bu çalışma ile hem teoride hem de uygulamada, kadına yönelik şiddetin önlenmesine yönelik yapılan çalışmalara katkı sağlanması hedeflenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Aile İçi Şiddet, Kadına Karşı Şiddet, Koruyucu Tedbirler, Önleyici Tedbirler, Zorlama Hapsi, Anayasa Mahkemesi

Abstract: Within the scope of Law No. 6284, the procedures and principles regarding the protection of people who are subjected to violence or at risk of violence and the measures to be taken to prevent violence against these people are regulated. The aim of the protective and preventive measures set out in the law is to prevent violence and to protect victims of violence.

* Avukat, Dicle Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, av.dilancanbayhan@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5889-3580, Makalenin Gönderim Tarihi: 08.02.2024, Kabul Tarihi: 11.03.2024

In our study, the protective and preventive precautionary measures regulated in Law No. 6284 were examined in the light of the decisions of the Constitutional Court. Then, the coercive imprisonment imposed when protective and preventive measures are violated was evaluated in the light of the Constitutional Court decisions. In our study, forty-eight decisions made by the Constitutional Court regarding protective and preventive measures and coercive imprisonment were examined. We aim to contribute to the work done to prevent violence against women, both in theory and in practice, by preparing this study, which we have prepared in accordance with the systematic of the law and based on the decisions of the Constitutional Court.

Keywords: Domestic Violence, Violence Against Women, Protective Measures, Preventive Measures, Coercive Imprisonment, Constitutional Court

GİRİŞ

Aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddet, sadece ülkemizde değil bütün dünyada çözülmesi gereken en önemli sorunlardan biridir. Daha güçsüz durumda olduğu için şiddete maruz kalan kadın, çocuk ve diğer bireylerin uğramış oldukları şiddet, en yaygın ve önemli insan hakları ihlallerindedir. Bu kapsamda, uluslararası alanda kadına yönelik şiddetin önlenmesi ve kadının korunması için birçok çalışma yapılmıştır. Bu kapsamda yapılan düzenlemelerden biri “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)”dır. Türkiye’nin 1985 yılında taraf olduğu bu sözleşme ile kadınlara insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınması ve bu hak ve özgürlüklerin kullanılmasını engelleyen durumların ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Uluslararası alanda yapılan en önemli çalışmalarından bir diğeri, 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul’da imzalanan “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)”dir. İstanbul Sözleşmesi ile kadına yönelik şiddetin önlenmesi ve kadınların ve şiddet mağdurlarının her türlü şiddetten korunması için uluslararası iş birliğinin güçlendirilmesi amaçlanmıştır.

Uluslararası alanda gerçekleşen bu gelişmelerin hukukumuzda en önemli yansıması 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun olmuştur. 2012 yılında kabul edilen 6284 sayılı Kanun ile, kadına yönelik şiddetin önlenmesi ve ailenin korunmasına yönelik çok önemli adımlar atılmıştır. 6284 sayılı Kanun ile şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadın, ço-

cuk, aile bireyleri ve tek taraflı ısrarlı takip mağdurlarının korunması amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Buna göre, şiddet mağduru hakkında, şiddet mağdurunu korumaya yönelik verilen koruyucu tedbir kararları ve şiddet uygulayan hakkında, şiddet uygulayan kişinin şiddet teşkil eden fiillerinin önlenmesi için verilen önleyici tedbir kararları, şiddetle mücadelede en önemli uygulamalardır.

Hukukumuzda şiddetle mücadelenin yapı taşlarını oluşturan koruyucu ve önleyici tedbir kararlarının, etkin ve ivedi bir biçimde uygulanması büyük önem arz eder. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'ne, koruyucu ve önleyici tedbir kararlarına ve zorlama hapsine ilişkin tespit ettiğimiz kırk sekiz adet başvuru yapılmıştır. Bu başvuruların otuz dokuz tanesi koruyucu ve önleyici tedbir kararlarına ilişkindir. Koruyucu ve önleyici tedbir kararlarına ilişkin yapılan bu başvuruların otuz dört tanesinde ihlal kararı verilirken, beş tanesinde ihlal olmadığına dair karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, zorlama hapsi ile ilgili yapılan dokuz başvurudan ise dört tanesinde ihlal olmadığına dair karar verirken, beş tanesinde ihlal olduğuna hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararları, uygulamada yaşanan sorunlara açıklık getirerek, 6284 sayılı Kanun'un etkin bir biçimde uygulanmasının sağlanması bakımından önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlar, hem derece mahkemelerinin 6284 sayılı Kanun kapsamında verdikleri kararlarda hem de Kanun'un uygulanmasında meydana gelen aksaklıkların giderilmesinde yol gösterici olmaktadır. Böylelikle şiddet mağdurlarının korunmasını ve şiddetin önlenmesini amaçlayan 6284 sayılı Kanun'un etkin bir biçimde uygulanmasını temin etmekte ve insan hakları ihlallerinin önlenmesinde büyük yol katedilmesini sağlamaktadır.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararların değerlendirilmesi, mevzuatın hem geliştirilmesinde hem de etkin bir biçimde uygulanmasında büyük önem arz etmektedir. Çalışmamızda, Anayasa Mahkemesi tarafından 6284 sayılı Kanun kapsamında verilen kırk sekiz adet başvuru ve karar gerekçeleri kanunun sistematığı baz alınarak değerlendirme konusu yapılmıştır. Çalışmamızda, kadına yönelik şiddetin önlenmesinde 6284 sayılı Kanun'un önemi dikkate alınarak kanunun, Anayasa Mahkemesi kararlarına uygun olarak

etkin bir biçimde uygulanmasına katkı sağlanması amaçlanmıştır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kararları, kanunun sistematığına uygun bir biçimde analiz edilerek, çalışmamızın hem uygulamada hem de kanunun geliştirilmesinde yol gösterici olması hedeflenmiştir.

I. 6284 SAYILI KADINA YÖNELİK ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUNDA DÜZENLENEN TEDBİR KARARLARI

A. 6284 SAYILI KANUN

Kadına yönelik şiddet tarih boyunca var olduğu halde son zamanlara kadar sorun olarak nitelendirilmemiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1979 yılında kabul edilen ve kadınlar için uluslararası haklar bildirgesi olarak tanımlanan “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)” kadınlar ve kız çocuklarına yönelik hukuki ve fiili her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmayı amaçlayan bir uluslararası sözleşmedir.¹ Bu sözleşmede ayrımcılık başta olmak üzere kadınlara yönelik yaşamın her alanındaki sorunlar ele alındığı halde kadına yönelik şiddet konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 1993 tarihinde kabul edilen “Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bildirge”, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kadına yönelik şiddetin önlenmesine dair kabul edilen ilk belgedir.²

Avrupa Konseyi’nde ve Avrupa Birliği’nde 2000’li yıllara kadar kadına yönelik şiddete dair özel bir düzenleme yapılmamış olsa dahi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından BM Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bildirge’deki ilkelere uygun kararlar verilmiştir. 2011 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından imzaya açılan “Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Sözleşme (İstanbul Sözleşmesi)” kadına yönelik şiddet ve aile içi şiddet konularında uluslararası hukukta yaptı-

¹ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ve İhtiyari Protokolü Parlamenterler için El Kitabı No. 36, IPU-HandbookonCEDAW_INSIDE_TR.pdf, s. 28; Gizem Özkan, “Kadına Yönelik Şiddet- Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, Y. 2017, ss. 533-564, s. 548.

² Nazan Moroğlu, Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 99, 2012, ss.357-380, s. 360.

rım gücüne sahip olan ilk sözleşmedir. Bu sözleşme ile ilk defa kadına yönelik şiddetin bir insan hakları ihlali olduğu vurgulandığı, bağlayıcı nitelikte olduğu ve bağımsız bir denetim mekanizması kurulduğu için kadına yönelik şiddet önlenmesi hususunda çok önemli bir yere sahiptir.³

Ülkemizde, aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddet kavramları 1980'li yıllarda ülkenin gündemine girerek toplumun dikkatini çekmeye başlamıştır.⁴ Aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddetin önlenmesine dair ülkemizde yapılan ilk özel düzenleme 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'dur. 14.01.1998 tarihli ve 4320 sayılı Kanun ile aile içi şiddet olaylarının önlenmesi amacıyla birtakım tedbirler öngörülmüştür.⁵ 4320 sayılı Kanun'un şiddetin önlenmesinde yetersiz olduğu düşüncesinin yaygınlaşmasıyla birlikte yeni bir düzenleme yapılmasına dair çalışmalar başlatılmıştır. Bu kapsamda, iki yüz kırk iki kadın örgütünün birleşmesiyle oluşturulan "Şiddete Son Platformu" nun taleplerinin dinlenilmesi ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile görüşmeler sağlanması neticesinde "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun" 8 Mart 2012 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.⁶

6284 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasında kanunun amacı belirtilmiştir. 6284 sayılı Kanun'un amacı, "şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir." Buna göre 6284 sayılı Kanun'un genel olarak iki amacı bulunmaktadır. Bunlar, şiddet mağdurunun korunması ve şiddetin önlenmesine dair tedbirler alınmasıdır. Bu kapsamda kanunda düzenlenen koruyucu ve önleyici tedbir kararları hem şid-

³ Moroğlu, s. 366.

⁴ Sefanur Didar Söylemez, "Aile İçi Şiddet, Kadına Yönelik Şiddet ve 6284 sayılı Kanun Kapsamında Koruyucu ve Önleyici Tedbirler", *Bayburt Üniversitesi Adalet Dergisi*, C. 1, S. 1, Y. 2022, ss. 91-151, s. 104.

⁵ Mehmet Günay, "6284 sayılı Kanun'a Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 3, S. 10, Y. 2012, ss. 647-686, s. 649.

⁶ Oğuzhan Tuna, *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Kapsamı ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, Seçkin Yayınları, 2021, s. 19.

detin önlenmesi hem de şiddet mağdurunun korunması bakımından önem arz etmektedir.⁷

6284 sayılı Kanun'un temel ilkeleri gereğince, kanun kapsamında yapılan uygulamalar Anayasaya ve uluslararası sözleşmelere uygun olmalıdır. Bununla birlikte, 6284 sayılı Kanun kapsamında verilen kadınlara yönelik cinsiyete dayalı şiddeti önleyen ve bu şiddetten koruyan tedbirler, ayrımcılık olarak nitelendirilemez. Kanun kapsamında destek ve hizmet sunulmasında, temel insan haklarına ve kadın erkek eşitliğine dayalı, sosyal devlet ilkesi gereğince süratli, adil ve etkili bir usul izlenmesi ve verilen tedbir kararlarının uygulanmasında insan onuruna yaraşır bir usul izlenmesi gerekmektedir.⁸

B. 6284 SAYILI KANUNDA DÜZENLENEN KORUYUCU ve ÖNLEYİCİ TEDBİR KARARLARI

1. Genel Olarak

Koruyucu tedbir kararları, şiddete maruz kalan veya maruz kalma tehlikesi bulunan kişinin kanun kapsamında korunmasına dair verilen tedbir kararlarıdır. Önleyici tedbir kararları ise, şiddet uygulayan kişinin, şiddet teşkil eden davranışlarının önlenmesi veya şiddetin tekrarlanmasının önlenmesi amacıyla verilen tedbir kararlarıdır. Koruyucu tedbir kararları şiddet mağduru hakkında verilirken, önleyici tedbir kararları şiddet uygulayan kişi hakkında verilir.⁹ 6284 sayılı Kanun'da düzenlenen tedbir kararları, geçici hukuki koruma tedbiri niteliğindedir.¹⁰

6284 sayılı Kanun'un uygulanması için gereken şartlar, şiddete uğranılması veya şiddete uğrama tehlikesinin bulunması, mağdurun

⁷ İlay Zeynep Suata, Uygulamadan Örneklerle 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Yetkin Yayınları, 2022, s. 23.

⁸ Suata, a.g.e., s. 24.

⁹ Sezgi Öktem Songu/ Asiye Şahin Emir, "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Çalışma İlişkilerine Etkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, Y. 2020, ss. 1157-1178, s. 1162.

¹⁰ Ali Haydar Yağcıoğlu, "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan*, S. 19, Y. 2017, Ss. 913-966, S. 929.

6284 sayılı Kanun kapsamında korunan kişilerden biri olması, mağdurun şikâyetinde bulunması veya üçüncü kişilerin ihbarının bulunması ve mülki amir, hâkim veya kolluk amiri tarafından karar verilmesidir.¹¹

6284 sayılı Kanun kapsamında koruma altına alınan kişiler kadınlardır¹², çocuklar, aile bireyleri¹³ ve tek taraflı ısrarlı takip mağdurları¹⁴dır.¹⁵ Kanun kapsamında koruma altına alınan kadın, çocuk, aile bireyleri ve tek taraflı ısrarlı takip mağdurlarının, korumadan yararlanmak için yetkili makamlara müracaat etmeleri gerekir. Bu kişiler polis merkezleri ve karakollara, cumhuriyet başsavcılığına veya illerde vali, ilçelerde ise kaymakamlığa başvuruda bulunabilirler. Şiddet mağdurları, kolluk amiri veya mülki amir tarafından verilemeyen kararlar için Aile Mahkemesi Hakimliğine başvuruda bulunabilir.¹⁶ Ayrıca, Türkçe, Kürtçe ve Arapça hizmet veren ALO 183 hattına veya Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan acil müdahale uygulaması Kadın Destek Uygulamasına (KADES) da akıllı telefonlar vasıtasıyla ihbarda bulunulabilmektedir.¹⁷

Kanun kapsamında tedbir kararı verilebilmesi için, mağdurun şikâyetinin yanı sıra üçüncü kişiler de ihbarda bulunabilirler. Buna göre şiddetin varlığı veya şiddet uygulanma tehlikesinin bulunduğu

¹¹ Tuna, a.g.e., s. 21

¹² Kanun kapsamında kadın olarak doğan ve cinsiyetini kadın olarak değiştiren her kadın evli, bekar, boşanmış, ayrı yaşayan, flört eden veya dini nikahlı olması ayırt edilmeksizin korunmaktadır. (Tuna, a.g.e., s. 45)

¹³ 4320 sayılı Kanun'da sadece aynı çatı altında yaşayan aile bireylerinden bahsedilmekteyken, 6320 sayılı Kanun'da aile kavramının kapsamı daha da genişletilerek en geniş anlamda aile kavramına dahil bireyler koruma altına alınmıştır. (Öktem Songu ve Şahin Demir, a.g.m., s. 1159)

¹⁴ 6284 sayılı Kanun'da tek taraflı ısrarlı takip mağdurları kavramı tanımlanmamış olmasına rağmen 6284 sayılı Kanun'a ilişkin Uygulama Yönetmeliğinde tanımlanmıştır.

"Tek taraflı ısrarlı takip: Aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranışı, ifade eder." (6284 s. Kanun Uyg. Yön. m. 3/1-ş)

¹⁵ Günay, a.g.m., s. 651; Söylemez, a.g.m., s. 106; Tuna, a.g.e., s. 44.

¹⁶ Söylemez, a.g.m., s. 110.

¹⁷ Söylemez, a.g.m., 110.

hallerde herkes tarafından ihbarda bulunulabilir.¹⁸ Kamu kurumları bakımından ise, şiddet veya şiddete uğrama tehlikesinden haberdar olmaları halinde, ihbarda bulunmak bir yükümlülüktür. Şiddete veya şiddet tehlikesine tanık olan kişiler durumu kolluk, cumhuriyet başsavcılığı, hâkim, mülki amir, Şiddet Önleme ve İzleme Merkezi (ŞÖNİM)¹⁹ veya Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı İl veya İlçe Müdürlüklerine bildirebilirler.²⁰

2. Koruyucu Tedbir Kararları

Koruyucu tedbir kararları, şiddet mağduru hakkında verilen, şiddet mağdurunu şiddetten korumaya yönelik tedbirlerdir. Koruyucu tedbir kararları mülki amir, Aile Mahkemesi hakimleri veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amirlerince verilebilir.

Koruyucu tedbir kararları, kamu kurum ve kuruluşları tarafından ŞÖNİM ile iş birliği içerisinde yerine getirilir. Koruyucu tedbir kararlarının titizlikle ve ivedilikle yerine getirilmesi gerekir. Koruyucu tedbir kararının şiddeti engellemede başarılı olabilmesi için ivedilikle yerine getirilmesi büyük önem arz eder. Aksi takdirde olumsuz sonuçların ve hak kayıplarının meydana gelmesi kaçınılmaz olacaktır.

Tedbir kararları, geçici kararlardır. Bu nedenle mülki amirin veya hâkimin belirlediği süre için geçerli olurlar. Koruyucu tedbir kararları esasında, şiddeti engellemede ve şiddet mağdurunun hayata uyum sağlamasının ilk aşamalarında önem göstermektedir. Şiddetin veya şiddet uygulanması tehlikesinin sona ermesi ve şiddet mağdurunun koruyucu tedbirlerin amacına uygun olarak kendi ayakları üstünde durabilmesi ile tedbir kararlarının uygulanmasına da gerek kalmaya-

¹⁸ Günay, a.g.m., s. 673.

¹⁹ Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına bağlı olarak şiddet mağduru kadın ve çocuklara destek olmak amacıyla 2012 yılında hayata geçirilmiş olan kurumlardır. Bu merkezlerde, 6284 sayılı Kanun kapsamın şiddet mağdurlarına destek, rehberlik ve danışmanlık, geçici maddi yardım, çocuk bakım yardımı, tıbbi destek, hukuki destek, istihdam desteği, eğitim öğretim desteği, çocuklar için burs gibi hizmetler verilmektedir. (Volkan Müftüoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Kapsamında Son Dönemde Alınan Tedbirler", *İnsan Hakları Dergisi*, S. 11, Y. 2023, ss. 21-29, s. 27)

²⁰ Tuna, a.g.e., s. 52.

çağından, sona erecektir. Koruyucu tedbir kararları, ilk seferde en fazla altı ay için verilebilir. Ancak şiddetin veya şiddet uygulanması tehlikesinin devam etmesi halinde, resen veya şiddet mağdurunun, müdürlük, ŞÖNİM veya kolluk görevlilerinin talebi üzerine tedbir süresinin değiştirilmesine veya aynen devam ettirilmesine karar verilebilir.²¹

Koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin mevcut olduğuna dair delil ve belge aranmaz. Buna göre, soyut bir iddiayı içeren dilekçe veya beyan olsa dahi şiddet olayının özelliğine göre, takdir hakkı kullanılarak koruyucu tedbir kararı verilebilir. Bunun haricinde, şiddetin gerçekleşip gerçekleşmediğine veya şiddet tehlikesinin bulunup bulunmadığına dair herhangi bir belge ve delil aranmaz.²²

a. Mülki Amir Tarafından Verilebilen Koruyucu Tedbir Kararları

Mülki amir tarafından verilebilen koruyucu tedbir kararları, 6284 sayılı Kanunun 3/1 maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Bu Kanun kapsamında korunan kişilerle ilgili olarak aşağıdaki tedbirlerden birine, bir kaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere mülki amir tarafından karar verilebilir:

a) Kendisine ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara, bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması.

b) Diğer kanunlar kapsamında yapılacak yardımlar saklı kalmak üzere, geçici maddi yardım yapılması.

c) Psikolojik, meslekî, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi.

ç) Hayatî tehlikesinin bulunması hâlinde, ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına alınması.

d) Gerekli olması hâlinde, korunan kişinin çocukları varsa çalışma yaşamına katılımını desteklemek üzere dört ay, kişinin çalışması hâlinde ise iki aylık süre ile sınırlı olmak kaydıyla, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının yarısını geçmemek ve belgelendirilmek kaydıyla Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak suretiyle kreş imkânının sağlanması.”

²¹ Yağcıoğlu, a.g.m., s. 950.

²² Günay, a.g.m., s. 674; Yağcıoğlu, a.g.m., s. 947.

Mülki amir tarafından verilebilen koruyucu tedbir kararları; uygun barınma yeri sağlanması, geçici maddi yardım yapılması, rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi, geçici koruma altına alınması ve kreş imkanının sağlanmasıdır.

Kanunda düzenlenen tedbir kararları sınırlayıcı değildir, örnek olarak sayılmıştır. Mülki amir, kanunda düzenlenen tedbir kararlarından birine veya birkaçına karar verebilir. Mülki amir, kanunda düzenlenen tedbir kararlarına benzer başka tedbirlere de karar verebilir.²³ Mülki amire tedbir kararı verme hususunda takdir yetkisi tanınmıştır. Mülki amir, somut olayın özelliklerine göre, delil olmaksızın koruyucu tedbir kararı verebilir. Ancak tedbir kararı verilirken, kanunun amacına uygun olarak, etkin, ivedi ve keyfilikten uzak bir biçimde hareket edilmesi gerekir.²⁴

(1) Uygun Barınma Yeri Sağlanması

6284 sayılı Kanun kapsamında mülki amir, şiddet mağduru hakkında uygun barınma yeri sağlanmasına dair tedbir kararı verebilir (6284 s. Kanun m. 3/1-a).

Mülki amir tarafından uygun barınma yeri sağlanmasına dair tedbir kararı verilen kişiler, Bakanlığa ait veya Bakanlığın denetim ve gözetiminde olan yerlerde barındırılırlar. Bakanlığın barınma yerlerinin yetersiz kaldığı hallerde şiddet mağduru kişiler, kamu kurum ve kuruluşlarına ait sosyal tesis, yurt ve benzeri yerlerde güvenli bir biçimde nakli sağlanıncaya kadar geçici olarak barındırılırlar.²⁵

Barınma yeri sağlanması tedbiri ile şiddet mağdurlarının tekrar şiddete maruz kalmaları engellenir. Aynı zamanda şiddet mağduru ve çocuklarının evsiz kalmaları önlenip, barınma yerleri olmadığından şiddete maruz kaldıkları yere geri dönme ihtimalleri engellenmiş olur.²⁶ Bununla birlikte şiddet mağduruna uygun barınma yeri sağlanması kararı verilmesi ile, şiddet mağdurunun şiddete maruz kaldığı

²³ Tuna, a.g.e., s. 57, Söylemez, a.g.m., s. 111; Günay, a.g.m., s. 659.

²⁴ Tuna, a.g.e., s. 57, Söylemez, a.g.e., s. 111.

²⁵ Eray Karınca, Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2021, s. 41; Söylemez, a.g.m., s. 113; Günay, a.g.m., s. 660.

²⁶ Günay, a.g.m., s. 660; Tuna, a.g.e., s. 60.

ortamdan uzaklaşması sağlanarak, şiddetin etkilerinin silinmesine ve normal hayata uyum sağlamasına yardımcı olunur.

Şiddet mağduru olan kadınlar, kadın konukevlerine²⁷ kabul edilmek için il müdürlüğüne, ŞÖNİM'e veya kolluğa başvurabilirler.²⁸ 2022 yılı itibariyle Türkiye'de 112'si Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına bağlı olmak üzere toplam 149 adet konukevi bulunmaktadır. 3 bin 624 yatak kapasiteli olan konukevleri ortalama yüzde 75 doluluk oranına sahiptir.²⁹

(2) Geçici Maddi Yardım Sağlanması

Mülki amir, şiddet mağduru hakkında geçici maddi yardım yapılmasına dair tedbir kararı verebilir (6284 s. Kanun m. 3/1-b). Geçici maddi yardım sağlanması tedbiri ile şiddet mağdurunun, şiddet uygulayan kişiye ekonomik olarak muhtaç olmasının engellenmesi sağlanır.³⁰ Bu tedbir kararı kapsamında şiddet mağduruna, kendi düzenini kuruncaya kadar maddi yardım yapılması ile şiddet uygulayan kişiye olan bağımlılığı azaltılarak şiddetin önlenmesi sağlanmaya çalışılır.³¹ Şiddet mağdurunun maddi yardım alması, şiddet gördüğü ortamdan uzaklaşmasına dair güven sağlamasının yanı sıra sonrasındaki hayatına uyum sağlaması bakımından destek de sağlamaktadır.

Şiddet mağduruna geçici maddi yardım kararı ile, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen net asgari ücretin otuzda biri tutarı kadar günlük ödeme yapılır. Korunan kişi birden fazla ise, ilave her kişi için günlük ödemenin yüzde yirmisi kadar ek ödeme yapılır. Ancak her halde ödenecek tutar, günlük ödeme tutarının bir buçuk katını geçemez. Korunan kişiye barınma yeri de sağlanması halinde bu tutarlar

²⁷ Kadın konukevleri, fiziksel, psikolojik, ekonomik, cinsel şiddete maruz kalan kadınları şiddetten koruyan, kadınlara destek olan ve çocuklarıyla birlikte ihtiyaçlarını karşılayan, kadınlara ve çocuklara geçici barınma imkânı sağlayan sosyal hizmet kuruluşlarıdır. Kadın konukevlerinin amacı, şiddet mağduru kadınların, şiddetin olmadığı bir ortamda yaşamış oldukları travma ile baş edebilmeleri ve sağlıklı ilişkiler kurarak sosyal hayata uyum sağlayabilmeleri için çalışmalar yapmak ve konukevlerinden ayrıldıktan sonra kendi talepleri doğrultusunda yaşamalarını sürdürebilmelerini sağlamaktır. (Müftüoğlu, a.g.m., s. 28)

²⁸ Tuna, a.g.e., s. 60.

²⁹ <https://www.aile.gov.tr/kgm/haberler/aile-ve-sosyal-hizmetler-bakanligi-kadin-konukevlerini-yayginlastiriyor/> (e.t. 10.01.2024).

³⁰ Tuna, a.g.e., s. 61; Günay, a.g.m., s. 660.

³¹ Söylemez, a.g.m., s. 113.

yüzde elli oranında azaltılır. Korunan kişinin Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfından veya ilgili dernek ve vakıflardan yardım alıyor olması, geçici maddi yardım almasına engel teşkil etmez.³²

Geçici maddi yardım sağlanması tedbiri ile korunan kişiye yapılan yardımlar, Bakanlığın geçici maddi yardımlar için konulan bütçesinden karşılanır ve tebliğ tarihinden sonra bir ay içinde şiddet uygulayandan tahsil edilir. Şiddet uygulayandan tahsil edilemeyen yardımlar, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre vergi dairelerince tahsil edilir. Şiddet mağdurunun gerçeğe aykırı beyanda bulunarak geçici maddi yardım talep ettiğinin tespit edilmesi durumunda, şiddet mağduruna yapılan ödemeler kendisinden 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil edilir.³³

(3) Rehberlik ve Danışmanlık Hizmeti Verilmesi

Mülki amir, şiddet mağduru hakkında rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesine dair tedbir kararı verebilir (6284 s. Kanun m. 3/1-c). Şiddet mağduru kişinin, uğramış olduğu şiddet ve haksızlıkların, fiziksel ve psikolojik olumsuz etkileri söz konusu olabilir. Psikolojik olarak korku, depresyon, kaygı, sinirsel durumlar gibi yan etkiler ortaya çıkabilir.³⁴ Şiddetin, mağdur üzerindeki bu yan etkilerinin rehabilite edilmesi, psikolojik açıdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesiyle daha hızlı sağlanır.³⁵

Rehberlik ve danışmanlık hizmeti kapsamında kişinin, psikolojik ve sosyoekonomik durumu değerlendirilerek, hakları ve destek alabileceği kurumlar hakkında bilgilendirilmesi, meslek edindirme kurslarına katılmasına yönelik faaliyetlerde bulunarak iş bulma ve benzeri konularda gelişmesine yardımcı olunur. Bunun yanı sıra şiddet mağdurunun gerekli seçimleri, yorumları ve planları yapıp karar verebilmesine yardımcı olacak bilgi ve becerilerin kazandırılması konusunda da yardımcı olunur. Şiddet mağduruna psikolojik destek sunulması için gerekli hizmetler verilir.³⁶

³² Karınca, a.g.e., s. 43; Söylemez, a.g.m., s. 114.

³³ Karınca, a.g.e., s. 43; Günay, a.g.m., s. 660.

³⁴ Hülya Aksakal/Mehmet Atasayar, "Aile İçi Kadına Yönelik Şiddetin Biyo-Psiko-Sosyal Sonuçları Üzerine Bir Çalışma", *Akademik Bakış Dergisi*, C. 26, Y. 2011, ss. 1-12, s. 9; Tuna, s. 62.

³⁵ Günay, a.g.m., s. 661; Tuna, a.g.e., s. 62.

³⁶ Söylemez, a.g.m., s. 115.

Şiddet mağdurunun hukuki rehberliğe ihtiyacı olması halinde ise şiddet ve şiddet tehlikesi nedeniyle açılan idari, hukuki ve cezai davalar ile çekişmesiz yargı işlerine müdahil olunmayı da içeren gerekli hukuki destek ve danışmanlık hizmeti verilir.³⁷

(4) Geçici Koruma Altına Alınması

Mülki Amir, olayın niteliği, şikâyet ve ihbar göz önünde bulundurulurken, şiddet mağdurunun hayati tehlikesinin bulunması durumunda, geçici koruma altına alma tedbiri verebilir (6284 s. Kanun m. 3/1-ç). Geçici koruma altına alma tedbiri ilgilinin istemi üzerine veya resen verilebilir. Bu koruma tedbirinin uygulanması, şiddet mağdurunun hayati tehlikesinin bulunması şartına bağlanmıştır. Hayati tehlikenin bulunması durumunun değerlendirilmesinin nasıl yapılacağı veya hangi hallerde hayati tehlikenin var olduğunun kabul edileceği kanunda düzenlenmemiştir.³⁸ Geçici koruma tedbiri verilirken, şiddet mağdurunun hayati tehlikesinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi mülki amir tarafından, somut olayın özelliklerine göre yapılır. Bu değerlendirme yapılırken, şiddet mağdurunun yaşam hakkının korunması için, katı bir değerlendirme yapılmamalı, tehdit gibi durumların bulunması veya kadının beyanının esas alınması yeterli görülmelidir.³⁹ Hayati tehlike kavramı, 6284 sayılı Ailenin Korunmasına ve Kadına Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te bir kimsenin ölümle sonuçlanabilecek bir şiddete maruz kalması veya maruz kalma ihtimalinin bulunması şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁰

Geçici koruma altına alma tedbiri kapsamında fiziki koruma, yirmi dört saat kesintisiz bir şekilde şiddet mağdurunun, bütün tehlikelerden korunması amacıyla kolluk görevlileri tarafından her türlü cihaz ve teknikle yerine getirilen tedbirlerdir.⁴¹ Fiziki koruma konutta koruma, işyerinde koruma, yakın koruma, motorize veya yaya devriye ile koruma usullerinden biri veya birkaçı ile yapılabilir.⁴²

³⁷ Söylemez, a.g.m., s. 116.

³⁸ Günay, a.g.m., s. 661; Tuna, a.g.e., s. 63.

³⁹ Günay, a.g.m., s. 661; Söylemez, a.g.m., s. 117.

⁴⁰ Karınca, a.g.e., s. 44.

⁴¹ Karınca, a.g.e., s. 44; Tuna, a.g.e., s. 63, Söylemez, a.g.m., s. 117.

⁴² Söylemez, a.g.m., s. 117.

(5) Kreş İmkânı Sağlanması

Mülki Amir, çocukları bulunan şiddet mağduru hakkında, kreş imkanının sağlanmasına yönelik koruma kararı verebilir (6284 s. Kanun m. 3/1-d). Koruma altına alınan kişinin çocuk sahibi olması durumunda, bu kişinin çalışma hayatına katılımını desteklemek için kreş imkânı sağlanması tedbiri verilebilir. Kreş imkanının sağlanması tedbiri, korunan kişinin çalışma hayatına katılımı desteklemek amacıyla dört aylık süre ile, korunan kişi çalışıyor ise iki aylık süre ile sınırlı olmak kaydıyla, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen net asgari ücretin yarısını geçmemek üzere verilir.⁴³ Kanunda kreş imkanının sağlanması tedbirinin, gerekli olması halinde verileceği düzenlenmiştir.⁴⁴ Kanunda yer alan gerekli olması hali, şiddet mağduru kişinin çalışma hayatına katılmak istemesi olarak değerlendirilebilir.⁴⁵

b. Kolluk Amiri Tarafından Verilebilen Koruyucu Tedbir Kararları

Kolluk amiri tarafından verilebilen koruyucu tedbir kararları 6284 sayılı kanunun 3/2 maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birinci fıkranın (a) ve (ç) bentlerinde yer alan tedbirler, ilgili kolluk amirlerince de alınabilir. Kolluk amiri evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde mülkî amirin onayına sunar. Mülkî amir tarafından kırk sekiz saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar.”

Buna göre kolluk amirinin verebileceği koruyucu tedbir kararları, uygun barınma yeri sağlanması ve geçici koruma altına alınması tedbirleridir. Bu koruyucu tedbirler esasen, mülki amir tarafından verilebilen tedbirlerdir. Ancak kanun, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amirinin de bu tedbirlere karar verebileceğini düzenlemiştir.⁴⁶

⁴³ Günay, a.g.m., s. 662; Söylemez, a.g.m., s. 118.

⁴⁴ Tuna, a.g.e., s. 65.

⁴⁵ Günay, a.g.m., s. 662.

⁴⁶ Damla Özden Çelt, “6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kolluğun Görev ve Yetkileri”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, S. 1-2, Y. 2019, ss. 109-138, s. 126; Karınca, a.g.e., s. 46.

Kanun, hangi hallerin gecikmesinde sakınca bulunan haller kapsamında olduğuna dair bir açıklama yapmamıştır.⁴⁷ Gecikmesinde sakınca bulunan hal durumunun bulunması için, şiddet mağduru hakkında, kolluk amiri tarafından tedbir kararı verilmemesi halinde mağdurda, telafi edilemeyecek bir zararın meydana gelecek olması gerekmektedir.⁴⁸ Bu durumda somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Örnek olarak mesai saatleri dışında, hafta sonlarında, resmî tatil günlerinde veya mesai saatleri içinde olmasına rağmen risk faktörü yüksek olaylarda gecikmesinde sakınca bulunan hallerin varlığından söz edilebilir. Özellikle mülki amire ulaşamaması veya ulaşılmasında sıkıntı yaşanması da gecikmesinde sakınca bulunan hal oluşturabilir.⁴⁹

Kolluk amirinin vermiş olduğu koruyucu tedbir kararı ve evrakının, kararın alındığı tarihten sonraki ilk iş gününde mülki amire sunulması gerekir. Mülki amirin, koruyucu tedbir kararını kırk sekiz saat içinde onaylaması gerekir. Mülki amir kararı kırk sekiz saat içinde onaylamazsa, tedbir kendiliğinden ortadan kalkar.⁵⁰

⁴⁷ 6284 sayılı Kanun'un uygulanmasına dair yönetmelikte gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı şu şekilde tanımlanmıştır:

"Gecikmesinde sakınca bulunan hal: Kolluk tarafından yapılacak tahkikat ve risk değerlendirilmesi sonucunda, derhal işlem yapılmadığı takdirde, şiddet eyleminin önlenememesi, kişinin can güvenliği, hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi, korunan kişinin zarar görmesi, şiddet eyleminin iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması, şiddet uygulayanın kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi gibi ihtimallerin ortaya çıkması ve resen veya ilgilinin talebi üzerine mülki amirden ya da hâkimden karar almak için yeterince vakit bulunamaması halini," (6284 s. Kanun Uyg. Yön. m. 3/1-c)

6284 sayılı kanunun uygulanmasından sonra gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının değerlendirilmesinde tereddütler yaşanması üzerine, Bakanlık tarafından yayınlanan genelgede de bu konuya değinilmiştir:

"7) Korunan kişinin, kolluk tarafından yapılacak tahkikat ve risk değerlendirilmesi sonucunda, derhal işlem yapılmaması halinde mağdurun hayatının tehlikeye girmesi, suç işlenmesinin önlenememesi ve mülki amirden karar almak için vakit bulunmaması halinde, resen veya ilgilinin talebi üzerine geçici koruma tedbir kararı alınarak mülki amirin onayına sunulması," (19/04/2012 tarih ve 2012/13 sayılı, 6284 sayılı Kanun'un Uygulanmasına Dair Genelge)

⁴⁸ Tuna, a.g.e., s. 66.

⁴⁹ Günay, a.g.m., s. 663, Yağcıoğlu, a.g.m., s. 937.

⁵⁰ Çelt, a.g.m., s. 126; Günay, a.g.m., s. 664, Yağcıoğlu, a.g.m., s. 937.

c. Hâkim Tarafından Verilebilen Koruyucu Tedbir Kararları

Hâkim tarafından verilen koruyucu tedbir kararları 6284 sayılı kanunun 4. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Bu Kanun kapsamında korunan kişilerle ilgili olarak aşağıdaki koruyucu tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilir:

a) İşyerinin değiştirilmesi.

b) Kişinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi.

c) 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’ndaki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması.

ç) Korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağına anlaşılması hâlinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi.”

Hâkim tarafından verilebilecek koruyucu tedbir kararları, işyerinin değiştirilmesi, ayrı yerleşim yeri belirlenmesi, aile konutu şerhi konulması ve kimlik ve diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi tedbir kararlarıdır. Kanunda düzenlenen bu tedbirler, tahdidi olarak sayılmamıştır. Hâkim, bu tedbir kararlarının yanı sıra somut olaya göre uygun göreceği benzer tedbirlere de karar verebilir. Hâkim, koruyucu tedbirlerin birine veya birkaçına birlikte karar verebilir.⁵¹

Hâkim tarafından, ilgilinin talebi, Bakanlık ve Cumhuriyet savcısının ya da kolluk görevlilerinin başvurusu üzerine koruyucu tedbir kararı verilebilir. Bununla birlikte hakim, resen de bu kararlara hükmedebilir. Hâkim koruyucu tedbir kararı verirken, şiddetin uygulandığına dair delil veya belge aramaz.

Hâkim tarafından verilebilen koruyucu tedbir kararları, mülki amir tarafından verilemez. Bununla birlikte kanunda mülki amirin

⁵¹ Yağcıoğlu, a.g.m., s. 932; Söylemez, a.g.m., s. 120; Günay, a.g.m., s. 656.

verebileceği düzenlenen koruyucu tedbir kararlarını, gerekli görmesi durumunda hâkim de verebilir.⁵²

(1) İşyerinin Değiştirilmesi

Hâkim, çalışan şiddet mağdurunun, işyerinin değiştirilmesine dair tedbir kararı verebilir (6284 s. Kanun m. 4/1-a). İşyerinin değiştirilmesi tedbirine, mağdurun uğramış olduğu şiddet eyleminin tekrarlanmasını önlemek veya şiddet eylemi gerçekleşmeden mağduru korumak amacıyla hükmedilir.⁵³ İşyerinin değiştirilmesi ile, mağdurun şiddet uygulayandan korunmasının yanı sıra, mağdurun meslek ve kariyer hayatının da olumsuz etkilenmemesi, çalışma verimliliğinin düşmemesi, işvereniyle ve çalışma arkadaşlarıyla sorun yaşamaması, işten çıkma veya çıkarılma gibi olumsuz sonuçların yaşanmaması sağlanmış olur.⁵⁴ İşyerinin değiştirilmesi tedbir kararının verilmesinde, çalışan şiddet mağdurunun memur, işçi veya serbest meslek sahibi olmasının bir önemi bulunmamaktadır.⁵⁵

Doktrinde bir görüşe göre, işyerinin değiştirilmesi tedbir kararı, şiddet mağduru ve şiddet uygulayanın aynı işyerinde çalışıyor olması durumunda verilir.⁵⁶ Doktrindeki diğer görüş ise, şiddet uygulayan ve şiddet mağduru aynı işyerinde çalışmıyor olsa bile, şiddet uygulayanın işyeri adresini bildiği için şiddet mağdurunu rahatsız edebileceğinden, aynı işyerinde çalışmıyor olsalar da şiddet mağduru hakkında işyerinin değiştirilmesine dair tedbir kararı verilebileceği yönündedir.⁵⁷ Konuyla ilgili bizim görüşümüz de şiddet mağduru ve şiddet uygulayanın aynı işyerinde çalışmıyor olsalar dahi şiddet mağduru hakkında işyerinin değiştirilmesi tedbir kararı verilebileceği yönündedir. Tedbir kararının asıl amacının şiddeti önlemek ve mağduru

⁵² Söylemez, a.g.m., s. 119.

⁵³ Tuna, a.g.e., s. 67.

⁵⁴ Günay, a.g.m., s. 657; Öktem Songu/Şahin Emir, a.g.m., s. 1164; Söylemez, a.g.m., s. 120.

⁵⁵ Öktem Songu/Şahin Emir, a.g.m., s. 1164.

⁵⁶ Necla Öztürk, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Daire Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, Y. 2017, ss. 1-32s. 12.

⁵⁷ Cansu Kaya Kızıllırmak, "İstanbul Sözleşmesi'nin Genel İlkeleri Işığında 6284 sayılı Kanun'un 4. Maddesi Uyarınca Hâkim Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbirler", *Public and Private International Law Bulletin*, C. 40, S. 2, Y. 2020, ss. 625-655, s. 642; Öktem Songu/Şahin Emir, a.g.m., s. 1164.

korumak olmasından dolayı, mağdurun işyeri adresini bilen şiddet uygulayanın, mağdurun işyerine giderek şiddet uygulama ihtimali olduğundan, aynı veya farklı işyerinde çalışıyor olmalarının bir önemi olmamalıdır.

İşyerinin değiştirilmesi tedbir kararı, korunan kişinin talebinin bulunması halinde veya onayı alınması ile verilir. Bu koruma kararı ile, şiddet mağdurunun işyerinin, işyerinin bulunduğu il içinde veya il dışında değiştirilmesine karar verilir. İşyerinin değiştirilmesine dair karar, mağdurun işyerine tebliğ edilir ve yetkili kurum ve kişilerce işyeri değişikliği yerine getirilir.⁵⁸

İşyerinin değiştirilmesi tedbirinin, maddede yer aldığı haliyle, “korunan kişi bakımından en uygun koşullar göz önüne alınarak” yerine getirilmesi gerekir. Tedbir kararının uygulanmasına gerek kalmadığı veya tedbir kararının süresinin sona erdiği hallerde, hakkında tedbir kararı verilen kişinin mağdur edilmemesi gerekir. Bu kapsamda tedbir sona erdikten sonra şiddet mağdurunun işine iade hakkı saklı olmalıdır. Aynı şekilde yeni işyerinde, eski işyerindeki kıdem tazminatı veya yıllık izin gibi haklarının devamı da sağlanmalıdır.⁵⁹

Anayasa Mahkemesi, 17.07.2019 tarihli K.Ş. kararında, başvuru- nun can güvenliğinden endişe etmesi sebebiyle iş yerinin değiştirilmesine dair talebinin, il milli eğitim müdürlüğüne kararın mahkemece verilmesi gerektiği gerekçesi ile, mahkeme tarafından ise iş yeri değişikliği talebinin idari mahiyette olması gerekçesiyle reddedilmesi nedeniyle, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma yükümlülüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir.⁶⁰

⁵⁸ Karınca, a.g.e., s. 47; Öktem Songu/Şahin Emir, a.g.m., s. 1166; Tuna, a.g.e., s. 67; Söylemez, a.g.m., s. 120.

⁵⁹ Kaya Kızılırmak, a.g.m., s. 642.

⁶⁰ Karara konu olayda, sınıf öğretmeni olan ve eski eşi ile aynı kamu kurumunda çalışan başvuru, eski eşi tarafından farklı zamanlarda darp edilmiş, ölümle tehdit edilmiş ve eşyalarını almaya gittiği sırada bıçaklanarak yaralanmıştır. Başvuru, can güvenliğinden endişe ettiğini belirterek il milli eğitim müdürlüğüne başvurarak görev yerinin değiştirilmesini talep etse de bu talebi mahkemece koruyucu tedbir kararı alınması gerektiği gerekçesi ile reddedilmiştir. Başvurucunun işyerinin değiştirilmesine dair tedbir kararı alınması için mahkemeye başvurması üzerine mahkeme, işyeri değişikliği talebinin idari nitelikte olduğunu gerekçe göstererek başvuru talebini reddetmiştir. Başvuru, işyeri değişikliği talebinin reddedilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunma hakkının ihlal edildiğini belirterek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

(2) Ayrı Yerleşim Yeri Belirlenmesi

Hâkim, evli olan şiddet mağdurunun talebi üzerine, müşterek yerleşim yerinden ayrı bir yerleşim yeri belirlenmesine karar verebilir (6284 s. Kanun m. 4/1-b). Şiddet mağduru hakkında ayrı bir yerleşim yeri belirlenmesi kararı verilebilmesi için, şiddet uygulayan ile şiddet mağdurunun evli olması gerekir. Bu tedbir aile içi şiddet mağduru olan karı veya koca için hükmedilir. Bunun yanı sıra bu kişilerin yerleşim yerinin aynı olması gerekir.⁶¹

Hâkim tarafından ayrı yerleşim yeri belirlenmesi kararı verilmesi ile, şiddet mağdurunun şiddet gördüğü ortamdaki uzaklaşması ve kamu ve usul hukuku bakımından yerleşim yerinin önemi nedeniyle hukuki sonuçlara muhatap olması ihtimalinde yeni bir yerleşim yerine sahip olarak mağduriyetinin giderilmesi amaçlanır. Bu tedbir evli kişiler için düzenlendiğinden, evli olmayan kişiler veya evli oldukları halde ayrı yaşayan kişiler, düzenlemenin kapsamında değildir.⁶² Ayrı yerleşim yeri belirlenmesi tedbir kararı ile aile konutunu terk eden şiddet mağdurunun yerleşim yeri ihtiyacı karşılanmaktadır. Bu tedbir kararı ile şiddet mağdurunun tebligatlarının, ortak yerleşim yerine yapılmaya devam etmesi engellenmektedir.⁶³

Şiddet mağduruna ayrı bir yerleşim yeri belirlenmesi tedbiri verilmesi tedbiri bazı durumlarda şiddet mağdurunun menfaatine olmaktadır. Şiddet mağduruna, ortak yerleşim yeri dışında bir yerleşim yeri belirlenmesi, iş hayatı ve sosyal hayatı bakımından ortak yerleşim

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda, başvurunun ciddi can güvenliği riskinin bulunduğu dair somut gerekçeler olmasına rağmen önce çalıştığı kuruma sonra da mahkemeye yaptığı işyeri değişikliğine dair talebin Bakanlık ve mahkemeye reddedilmesi nedeniyle, devletin şiddet mağdurunu korumaya yönelik pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğini belirterek kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiği kararını vermiştir. Ayrıca derece mahkemesinin, başvurunun talebini idari mahiyette olduğu gerekçesiyle reddetmesi ve başvurunun can güvenliğinin riskte bulunduğu dair hiçbir somut açıklama ve gerekçe sunmaması nedeniyle karardaki gerekçelerin, başvurunun maddi ve manevi varlığının korunması hakkı bakımından ilgili ve yeterli olmadığını belirtmiştir. (K.Ş., B. No: 2016/14613, 17.7.2019) (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/e.t.02.01.2024>)

⁶¹ Günay, a.g.m., s. 657; Söylemez, a.g.m., s. 122.

⁶² Tuna, a.g.e., s. 68.

⁶³ Kaya Kızıllırmak, a.g.m., s. 645.

yerinde kalmak isteyen ancak şiddet uygulayan eşin ortak konutta bulunması nedeniyle konuttan ayrılmak zorunda olan mağdur, olumsuz etkileyebilmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan Semra Özel Üner başvurusunda da başvuru, kendi ortak ikametinde yaşamını sürdürememesi ve ailesinin yanında yaşamaya mecbur bırakılması sebebiyle özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür⁶⁴.

⁶⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 26.10.2016 tarihli Semra Özel Üner başvurusunda, şiddet gördüğü için ortak konuttan ayrılıp ailesinin konutuna yerleşen başvurunun şiddet uygulayan eşi hakkında, başvurunun ailesinin konutunun bulunduğu adres gösterilerek, başvurunun ailesinin konutuna yaklaşmamasına dair tedbir kararı verilmiştir. Başvuru tedbir kararına, eşiyile müşterek konutu hakkında koruma talep etmesine rağmen sığınmak zorunda kaldığı ailesinin konutu hakkında uzaklaştırma kararı verildiğini ancak kendisinin ortak konut olan ikametgahında yaşamını sürdürmek istediğini belirterek itiraz etmiş ancak itirazı reddedilmiştir. Başvuru, verilen tedbir kararı nedeniyle kendi evine gidememesi ve ailesinin evinde yaşamaya mecbur bırakılması nedenleriyle özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini belirterek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda, 6284 sayılı Kanun'un, şiddet mağdurlarını korumaya dair acil tedbirlerin alınmasına yönelik olduğunu ve aile bireyleri arasındaki mal paylaşımı ile mülkiyet sorunlarını çözmek amacıyla düzenlenmediğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvurunun talebinin ortak konutun kendine tahsis edilmesi doğrultusunda olduğunu ve bu hususun 6284 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilen bir husus olmadığını belirterek başvurunun dayanakta yoksun olması sebebiyle kabul edilemez olduğuna dair karar vermiştir. (Semra Özel Üner, B. No: 2014/12009, 26.10.2016) (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> e.t. 02.01.2024)

Konu ile ilgili bizim görüşümüze göre, 6284 sayılı Kanun kapsamında tedbir kararı verilirken, şiddet mağduruna yönelik olan şiddetin önlenmesine dair acil müdahalelerin yapılmasının amaçlandığı belirtilmesine rağmen, tedbir kararı verilirken, şiddet mağdurunun şiddetten korunmasının yanı sıra başka şekillerde de mağdur edilmesinin olabildiğince önlenmesi gerekir. Ortak konutun şiddet uygulayan eşe tahsis edilerek, şiddet mağdurunun ve çocuklarının evlerinden, işyerlerinden ve okullarından uzaklaşmalarına neden olunması, şiddet mağdurunu bir başka açıdan mağdur etmekte ve belki de şiddet mağdurunu tedbir kararı talep etmekten imtina etmektedir. Bu nedenle koruyucu tedbir kararları bakımından şiddet mağduru hakkında ayrı yerleşim yeri belirlenmesi tedbiri yerine hâkimin verebileceği önleyici tedbir kararlarından "Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi" tedbirinin uygulanması daha faydalı olabilir. Uzaklaştırma kararı verilmesine yönelik tedbir kararı verilirken de Anayasa Mahkemesi'ne konu olan olay gibi, şiddet mağdurunu daha da mağdur edecek bir biçimde değil, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak, şiddet mağdurunu korumaya yönelik bir biçimde tedbir kararı verilmesi gerekir.

(3) Aile Konutu Şerhi Konulması

Hakim tarafından, korunan kişinin talebi bulunması üzerine, Türk Medeni Kanunu (TMK)'ndaki şartlar mevcut ise, tapu kütüğüne aile şerhi konulması kararı verilebilir. Hâkimin aile konutu şerhi kararı verebilmesi için, evli olan şiddet mağdurunun talepte bulunması gerekir. Ayrıca TMK'daki aile konutu şerhi verilmesine dair şartların mevcut olması gerekir (6284 s. Kanun m. 4/1-c).⁶⁵ Aile konutu şerhi, fiilen aile konutu olan konut üzerinde malik olan eşin, diğer eşin rızasını almadan konut üzerinde herhangi bir tasarruf işleminde bulunmasını engellemek için yapılan bir tapu sicil işlemidir.⁶⁶ Aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri yerdir. Aile konutu tek bir konut olabilir. Yayla evi, dağ evi, yazlık ev, yat, devre mülk gibi ikincil nitelikteki konutlar aile konutu olamaz.⁶⁷

Aile konutu şerhi konulması tedbiri, diğer koruyucu tedbir kararlarının sahip olduğu mağduru korumak amacı yerine, diğer eşin rızası olmadan aile konutu üzerinde tasarruf yapılmasını engellediği için ekonomik şiddetin engellenmesi amacını taşımaktadır.⁶⁸

Aile konutu şerhi konulması tedbir kararını veren hâkim, kararı ivedilikle tapu sicil müdürlüğüne göndermektedir. TMK m. 194 gereğince aile konutu şerhinin konulabilmesi için belirli belgeler ile tapuya başvurmak gerekirken, 6284 sayılı Kanun gereğince aile konutu şerhi konulması tedbirinin verilmesi ile tapuya başvuru yapılmaksızın mahkeme kararına istinaden şerh konulmaktadır. Bu tedbir kararı ile ayrı bir başvuruya gerek olmaksızın mahkeme kararı ile aile konutu şerhi konulmasının sağlanması yoluyla hem şerhin ivedilikle konulması hem de şiddet mağdurunun korunması amaçlanmıştır.⁶⁹

⁶⁵ Tuna, a.g.e., s. 69; Günay, a.g.m., s. 658.

⁶⁶ Feride Demirbaş, "Aile Konutu Şerhinin İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Aynı Hak Kazanımlarına Etkisi ve Konuya İlişkin Yargıtay Uygulaması", *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C. 4, S. 12, Y. 2017, ss. 420-427, s. 422.

⁶⁷ Şebnem Nebioğlu Öner, "Aile Konutu'nun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 97, Y. 2011, ss. 117-154, s. 131.

⁶⁸ Tuna, a.g.e., s. 69; Günay, a.g.m., s. 658.

⁶⁹ Kaya Kızıllırmak, a.g.m., s. 646.

(4) Kimlik ve Diğer Bilgi ve Belgelerin Değiştirilmesi

Hâkim tarafından, şiddet mağduru hakkında kimlik ve diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesine dair tedbir kararı verilebilir (6284 s. Kanun m. 4/1-ç). Bu tedbir kararının verilebilmesi için, korunan mağdurun hayati tehlikesinin bulunması ve tehlikenin önlenmesi için kanunda düzenlenen diğer tedbirlerin yetersiz olması gerekir.⁷⁰ Burada hâkim tarafından, korunan kişinin hayati tehlikesinin olup olmadığının ve ayrıca kişinin içinde bulunduğu hayati tehlikenin önlenmesi için, diğer tedbirlerin yeterli olup olmayacağını değerlendirilmesi gerekir. Hâkim, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapıp, kimlik ve diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesine dair koruma kararı verir.⁷¹

Kimlik ve diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesine dair tedbir kararı verilirken, mağdurun açık bir biçimde tedbirin sebepleri, aşamaları ve sonuçları bakımından bilgilendirilmesi gerekir. Tedbir kararına hükmedilmeden, mağdurun tedbiri özgür iradesiyle kabul ettiğine dair yazılı beyanının alınması gerekir.⁷²

Kimlik ve diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesine dair tedbir kararı, adli sicil, vergi, sosyal güvenlik, askerlik, nüfus ve benzeri bilgi ve kayıtların ve nüfus cüzdanı, evlilik cüzdanı, pasaport, diploma ve ruhsat gibi resmî belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi ile taşınır ve taşınmaz mallara ilişkin hakların kullanılmasına dair işlemlerin yapılması hususlarını kapsamaktadır.⁷³

3. Önleyici Tedbir Kararı

Önleyici tedbir kararları, şiddet uygulayan kişi hakkında verilen, şiddet uygulayan kişinin tekrar şiddet uygulamasını engellemek veya şiddet uygulama ihtimali bulunan kişinin şiddet uygulamasını önlemek amacıyla verilen kararlardır.⁷⁴ Önleyici tedbir kararları hâkim tarafından verilir.

⁷⁰ Tuna, a.g.e., s. 70; Suata, a.g.e., s. 45; Günay, a.g.m., s. 658.

⁷¹ Söylemez, a.g.m., s. 124.

⁷² Karınca, a.g.e., s. 47; Tuna, a.g.e., s. 70.

⁷³ Karınca, a.g.e., s. 49; Günay, a.g.m., s. 659.

⁷⁴ Tuna, a.g.e., s. 71.

6284 sayılı Kanun'un 5/1. maddesinde hâkim tarafından verilebilen önleyici tedbir kararları düzenlenmiştir:

“(1) Şiddet uygulayanlarla ilgili olarak aşağıdaki önleyici tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilir:

a) Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması.

b) Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi.

c) Korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve iş yerine yaklaşmaması.

ç) Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması.

d) Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması.

e) Korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi.

f) Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi.

g) Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi.

ğ) Silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahu kurumuna teslim etmesi.

h) Korunan kişilerin buldukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların buldukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması.

ı) Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması.”

Hâkim, kanunda düzenlenen önleyici tedbir kararlarından bir veya birkaçına karar verebilir. Önleyici tedbir kararları sınırlayıcı olarak sayılmamıştır. Hâkim tarafından somut olayın özelliklerine göre, benzer tedbir kararlarına da hükmedilebilir.⁷⁵ Hakim, önleyici tedbir kararı verirken, şiddetin önlenmesi ve ortadan kaldırılmasına ilişkin, kanunun amacına uygun olarak etkin tedbir kararlarına hükmetmelidir.⁷⁶

Kolluk amiri tarafından da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bazı önleyici tedbir kararlarının verilebileceği kanunda düzenlenmiştir (6284 s. Kanun m. 5/2). Buna göre kolluk amiri şiddet uygulayanın belirli söz ve davranışlarda bulunmaması, şiddet uygulayanın bulunduğu yerden veya müşterek konuttan uzaklaştırılması ve müşterek konutun şiddet mağduruna tahsisi, şiddet uygulayanın korunan kişilere ve bu kişilerin konutuna, okuluna ve işyerine yaklaşmaması ve çocukla kişisel ilişki kurulması saklı olmak üzere şiddet uygulayanın şiddet mağdurunun yakınlarına, çocuklarına ve tanıklara yaklaşmamasına ilişkin tedbir kararlarını verebilir.⁷⁷

⁷⁵ Kanunda her ne kadar önleyici tedbir kararlarının sınırlı sayıda olmadığı ve benzer tedbir kararlarına hâkim tarafından hükmedilebileceği düzenlense de doktrinde bu durumun temel hak ve özgürlüklerin yalnızca kanunla sınırlanabileceğine ilişkin Anayasa'nın 13. maddesi ile çelişki yarattığı görüşü bulunmaktadır. Buna göre önleyici tedbir kararları, şiddet uygulayan kişinin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin olması, hâkim kararı ile verilmesi, orantılı olması, geçici olması, itiraz edilebilmesi bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen koruma tedbirlerine benzerdir. Kanunda, koruma tedbirlerinin hak ve özgürlüklere ilişkin olması ve kişi hakkında henüz bir hüküm bulunmadan soruşturma veya kovuşturma aşamasında uygulanması nedeniyle kanun ile düzenlenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu nedenle koruma tedbirleri sınırlı sayıda ve ancak kanunda düzenlenen şekilde uygulanabilir. Koruma tedbirleri kıyas yoluyla genişletilememektedir. Önleyici tedbir kararları da hakkında henüz bir ceza soruşturması dahi bulunmayan şiddet uygulayan kişi hakkında uygulandığından ve bu tedbirlerin şiddet uygulayanın temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği bulunduğundan, kanunda düzenlenen tedbir kararlarına benzer tedbirlerin yaratılamayacağını ve uygulanamayacağını, aksi takdirde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin Anayasa hükmüne aykırılık teşkil edeceğini belirtmektedir. (Gözde İbicioğlu/Bilge Durutürk, "Bireysel Başvurular da Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Kararlarının İncelenmesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 80, S. 3, ss. 753-783, s. 767)

⁷⁶ Söylemez, a.g.m., s. 125; Tuna, a.g.e., s. 72; Günay, a.g.m., s. 664.

⁷⁷ Çelt, a.g.m., s. 126; Söylemez, a.g.m., s. 138; Günay, a.g.m., s. 672; Yağcıoğlu, a.g.m., s. 945.

Kolluk amiri, ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tedbir kararı verebilir. Kolluk amirinin vermiş olduğu önleyici tedbir kararı, kararın alındığı tarihi takip eden ilk iş gününe kadar hâkimin onayına sunulmalıdır. Bu süre içinde hâkimin onayına sunulmayan veya hakim onayına sunulsa dahi hakimin yirmi dört saat içinde onaylamadığı tedbirler, kendiliğinden ortadan kalkar.⁷⁸

Koruyucu tedbir verilirken, delil veya belge aranmayacağı kanunda açıkça düzenlenmişken, önleyici tedbir kararı verilirken, delil veya belge aranıp aranmayacağına dair kanunda düzenleme bulunmaması, gecikmeksizin tedbire hükmedilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu nedenle önleyici tedbir kararı verilirken delil veya belge aranıp aranmayacağına dair doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, önleyici tedbir kararları kişinin hak ve özgürlüklerini sınırlayıcı nitelikte olduğundan, kötüye kullanılmaya müsait olabileceğinden tedbir kararına hükmedilirken delil bulunması gerekir.⁷⁹ Buna göre, kanunda önleyici tedbir kararı verilirken delil veya belge aranmayacağına dair düzenleme yapılmamasıyla, tedbir kararı verilirken delil veya belge aranması gerektiği gibi bir ifade oluşturulduğundan, hakim tarafından somut olayın özelliklerine göre delil ve belge değerlendirilmesi yapılarak tedbir kararı verilmelidir.⁸⁰ Bununla ilgili Ergün, özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikte olan tedbir kararları verilirken delil ve belge aranmamasının, uygulamada kötüye kullanılacak veya mağduriyetlere yol açabilecek sonuçlar doğurabileceğini ve her an sorgusuz sualsiz bir zorlama hapsine dönüşebileceğini belirtmektedir. Buna göre, mağdurun tek taraflı beyanı ile, şiddet uygulayan dinlenmeksizin ve delil ve belge toplanmaksızın tedbir kararı verilmesinin ve tedbir kararına aykırılık halinde zorlama hapsi verilmesinin, 6284 sayılı Kanun'un hukuk devleti ilkesini ve masumiyet karinesini ihlal edebileceğini belirtmektedir.⁸¹

⁷⁸ Çelt, a.g.m., s. 126; Söylemez, a.g.m., s. 138; Günay, a.g.m., s. 672; Yağcıoğlu, a.g.m., s. 945.

⁷⁹ Ebru Ceylan, "Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 109, Y. 2013, ss. 13-54, s. 36.

⁸⁰ Günay, a.g.m., s. 674.

⁸¹ Ömer Ergün, "İstanbul Sözleşmesi ve Genel Olarak Değerlendirilmesi", *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, C. 5, S. 2, Y. 2021, ss. 152-214, s. 201.

Doktrindeki diğer görüş, şiddetin bulunduğu veya şiddet tehlikesinin bulunduğu dair delil araştırması yapılması gerektiğini, önleyici tedbir kararlarının kişinin hak ve özgürlüklerine ilişkin olması sebebiyle masumiyet karinesini çiğnememek ve hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet vermemek için şiddetin bulunduğu veya şiddet tehlikesinin bulunduğu dair iz, emare yani yeterli şüphe bulunması gerektiğini belirtmektedir.⁸² Doktrindeki bir diğer görüş, kanunda kararın geciktirilmeksizin verilmesi gerektiği düzenlendiği için tedbir kararı verilirken kesin delil aranmasa dahi en azından şiddetin varlığına dair tutum ve davranışların varlığının tespit edilmesini veya şiddet tehlikesinin bulunduğu dair iz veya emarelerin bulunduğu tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁸³ Bu görüşte olan Yağcıoğlu, mağdurun şiddete uğrama tehlikesinin bulunması halinde, somut olayın özelliklerine ve durumun aciliyetine göre, gerektiğinde delil aramadan tedbir kararı verilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁸⁴ Doktrindeki diğer görüş, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerektiğini ve delil olmasa dahi önleyici tedbir kararı verilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁸⁵ Doktrindeki bir diğer görüş ise, hayati tehlikenin bulunduğu dair iddia bulunması halinde, iz veya emarenin tespiti olmasa dahi, kadının beyanı esas alınarak önleyici tedbir kararı verilmesi gerektiğini ve yaşam hakkının korunmasının öncelik olduğunu düşünmektedir.⁸⁶

Anayasa mahkemesinin konu ile ilgili görüşü, koruyucu tedbir kararı verilirken delil veya belge aranmadığı gibi, önleyici tedbir kararı verilirken de kesin delil aranmasa dahi şiddete maruz kalındığına

⁸² Özge Tuçe Gökcalp, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunda Kadın ve Şiddet" [Yayımlanmamış doktora tezi], *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Y. 2014, s. 137; Hüsamettin Uğur, "Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 sayılı Kanun'un Getirdikleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 101, Y. 2012, ss. 333-366, s. 352.

⁸³ Ülgen Aslan Düzgün, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Amacıyla Hâkim ve Kolluk Amiri Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbir Kararları [Elektronik Sürüm]", *Polis Akademisi Yayınları*, Y. 2018, ss. 23-43, s. 11; Öktem Songu/Şahin Demir, a.g.m., s. 1163; Yağcıoğlu, a.g.m., s. 949.

⁸⁴ Yağcıoğlu, a.g.m., s. 949.

⁸⁵ Seher Kırbaş Canikoğlu, "Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ve Uluslararası Mevzuat (İstanbul Sözleşmesi ve 6284 sayılı Kanun)", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, Y. 2015, ss. 355-378, s. 373.

⁸⁶ Söylemez, a.g.m., s. 126.

veya maruz kalma tehlikesi bulunduğuna dair olguların bulunması gerektiği yönündedir. Buna göre önleyici tedbir kararları bir yandan, kişinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayıcı nitelikte olsa dahi diğer yandan, kişinin vücut dokunulmazlığını ve yaşam hakkını koruyucu niteliğe sahip olduğu için, tarafların hak ve özgürlükleri arasındaki dengenin gözetilmesi gerekir.⁸⁷

Konuyla ilgili bizim görüşümüze göre, kanunun lafzı incelendiğinde, önleyici tedbir kararı verilmesinde delil veya belge aranmasına yönelik bir düzenleme yapılmamış olması, kanun koyucunun iradesinin de tedbir kararı verilirken delil veya belge aranmaması yönünde olduğunu göstermektedir. Kaldı ki 6284 sayılı Kanun'da düzenlenen tedbir kararları ile, öncelikle şiddet mağdurunun yaşam hakkının korunması ve şiddetin önlenmesi amaçlandığından, kanun kapsamında düzenlenen tedbir kararları acil durumlarda verilen ve ivedi olarak karar verilmesi ve uygulanması gereken tedbirlerdir. Bu kapsamda, önleyici tedbir kararı verilirken delil veya belge araştırması yapılması kanunun amacına aykırı düşmektedir. Önleyici tedbir kararlarının, kişinin hak ve özgürlüklerine ilişkin olmasına rağmen süreyle sınırlı

⁸⁷ "34. 6284 sayılı Kanun'un 5. maddesinde örnekleyici olarak bir kısım önleyici koruma tedbirleri belirlenmiş, 8. maddenin (3) numaralı fıkrasında Kanun'un 4. maddesinde belirtilen ve hâkim tarafından verilebilen koruyucu tedbir kararları için, şiddetin varlığı hususunda delil veya belge aranmayacağı belirtilmiştir. Bunun yanında ağırlıklı olarak aleyhine tedbir kararı verilen kişinin temel hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı niteliği olan ve Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen önleyici tedbir kararları için böyle bir ayrık durum öngörülmemiştir.

35. Buna ilişkin Kanun gerekçesinde, şiddete maruz kalan veya maruz kalma tehlikesi altında bulunan kişilerle ilgili koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için herhangi bir delil araştırması veya belge ibrazı aranmazken önleyici tedbir kararı verilebilmesi için kişinin şiddete maruz kaldığı veya maruz kalma tehlikesi altında bulunduğu hususunda olguların varlığının gerektiği, aksi yöndeki uygulamanın kişilere kanunla sağlanan hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet verebileceği hususu vurgulanmıştır.

36. Nitekim tedbir kararları ile bir tarafın vücut dokunulmazlığı veya yaşam hakkı gibi kişi için olmazsa olmaz hak ve menfaatlerin korunması amaçlanırken diğer taraftan özellikle mahkemece verilen veya onaylanan önleyici tedbirlerle kişi hak ve özgürlüklerine önemli ölçüde sınırlamalar getirilmiş olacaktır. Dolayısıyla tedbir kararlarından olumlu ya da olumsuz etkilenen tarafların temel hak ve özgürlükleri arasındaki dengenin gözetilmesi gerekmektedir." (Salih Söylemezoğlu, B. No: 2013/3758, 6/1/2016, § 7) (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> e.t. 02.01.2024)

olarak verilmesi ve yaşam hakkını korumaya yönelik olması, bizce, şiddetin varlığına dair delil, belge ve hatta iz veya emare olmasa dahi tedbir kararı verilmesinde haklı sebep oluşturmaktadır. Bu nedenle, şiddet mağdurunun korunmasının öncelik olması gerektiğinden, hayati tehlikenin bulunduğuna dair şiddet mağdurunun beyanı olması durumunda, delil araştırması yapılmaksızın, mağdurun beyanı esas alınarak önleyici tedbir kararı verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Aciliyet unsurunun ortadan kalktığı itiraz aşamasında ise, hâkimin tarafların sundukları beyanları ve delilleri değerlendirerek karar vermesinin, şiddet uygulayan bakımından da kendini savunmasına imkân tanıyarak masumiyet karinesi ilkesinin uygulanmasına imkan sağlamakla beraber, tarafların hak ve menfaatleri arasındaki dengeyi sağlayan aşama olması gerektiği düşüncesindeyiz. Önleyici tedbir kararlarını, koruyucu tedbir kararlarından ayıran hususun, koruyucu tedbir kararlarının talep olmaksızın ve resen verilen kararlar olmasına rağmen, önleyici tedbir kararlarının mağdurun talebi ile ve şiddete uğradığına veya şiddete uğrama tehlikesi bulunduğuna dair beyanı ile verilen kararlar olması gerektiğini düşünmekteyiz.

a. Şiddet Uygulayanın Belirli Söz ve Davranışlarda Bulunmaması

Hâkim tarafından verilen tedbir kararı ile şiddet uygulayan hakkında, korunan kişiye karşı şiddet tehdidinde bulunmaması veya tehdit, hakaret, aşağılama veya küçük düşürme benzeri söz ve davranışlarda bulunmamasına hükmedilebilir (6284 s. Kanun m. 5/1-a). Bu tedbir kararı, kanun kapsamında gerçekleşebilecek her türlü fiziksel, ekonomik, psikolojik, cinsel ve sözlü şiddet bakımından geçerlidir.⁸⁸ Şiddet uygulayanın, belirli söz ve davranışlarda bulunmamasına dair tedbir kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kolluk amiri tarafından da verilebilir.⁸⁹

Şiddet Uygulayanın Müşterek Konuttan veya Bulunduğu Yerden Uzaklaştırılması ve Konutun Korunan Kişiye Tahsisi

Hâkim, şiddet uygulayanın mağdur ile yaşadığı müşterek konuttan uzaklaştırılması ve konutun şiddet mağduruna tahsis edilmesine

⁸⁸ Söylemez, a.g.m., s. 127.

⁸⁹ Söylemez, a.g.m., s. 127.

dair tedbir kararı verebilir (6284 s. Kanun m. 5/1-b). Şiddet uygulayan hakkında, müşterek konuttan uzaklaşmasına dair tedbir kararı verilmesi, şiddet uygulayanın, müşterek konutun elektrik, kira, su gibi giderlerini karşılmasına engel oluşturmaz.⁹⁰

Tedbir kapsamında uzaklaştırma kararı verilebilecek müşterek konut, çiftin sadece ikamet amaçlı yaşadığı ev değil, belli bir süre kaldıkları çiftlik evi, yazlık ev gibi konutlar da olabilir. Uzaklaştırma kararı verilip mağdura tahsis edilecek konutun mülkiyetinin, kime ait olduğu tedbirin uygulanmasında önem arz etmez.⁹¹ Kanunda yer alan “bulunduğu yer” kavramı ise, şiddet uygulayan ile şiddet mağdurunun birlikte buldukları otel, pansiyon, yurt veya aile, akraba, arkadaşlarının evi gibi müşterek konut dışında beraber kalınan yerleri kapsamaktadır.⁹²

Bu tedbir kararı kapsamında, müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi de düzenlenmiştir. Buna göre tedbir kararı verilirken, şiddet uygulayanın müşterek konuttan uzaklaştırılmasının yanı sıra, müşterek konutun şiddet mağduruna tahsis edildiği de belirtilmelidir. Bu tedbir, yalnızca müşterek konut bakımından öngörülmüştür.⁹³

b. Şiddet Ugulayanın Korunan Kişilere ve Bu Kişilerin Bulunduğu Yere Yaklaşmaması

Hâkim, şiddet uygulayan kişinin, şiddet mağduruna, evine, konutuna, işyerine, okuluna ve korunan şiddet mağdurunun bulunabileceği diğer yerlere yaklaşmamasına dair tedbir kararı verebilir (6284 s. Kanun m. 5/1-c). Bu tedbir kararı ile korunan kişinin, şiddet uygulayan kişiden uzak tutularak, şiddete maruz kalması önlenmesi amaçlanır. Bu tedbir kararı ile şiddet fiili gerçekleşmeden önce engellenerek, mağdurun huzuru ve güvenliği sağlanmaya çalışılır. Şiddet uygulayanın tedbir kapsamında yaklaşmaması gereken alanın, hâkim tarafından ayrıntılı olarak tespit edilmesi gerekir.⁹⁴

⁹⁰ Karınca, a.g.e., s. 51; Tuna, a.g.e., s. 73.

⁹¹ Günay, a.g.m., s. 665; Söylemez, a.g.m., s. 128; Tuna, a.g.e., s. 73; Yağcıoğlu, a.g.m., s. 941.

⁹² Günay, a.g.m., s. 665; Söylemez, a.g.m., s. 128; Yağcıoğlu, a.g.m., s. 941.

⁹³ Günay, a.g.m., s. 665.

⁹⁴ Tuna, a.g.e., s. 75.

Şiddet uygulayan hakkında verilen, korunan kişinin evine, konutuna, işyerine, okuluna ve diğer yerlere yaklaşmamasına dair tedbir kararının ihlal edilmesi halinde, konut dokunulmazlığının ihlali suçü meydana gelmemektedir. Bu tedbirin konut dokunulmazlığını korumaya yönelik değil şiddet mağdurunu korumaya yönelik olması ve tedbirin ihlalinin zorlama hapsi yaptırımına tabi tutulması nedenlerinden dolayı önleyici tedbirin ihlalinin ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçünü oluşturmayacağı belirtilmektedir.⁹⁵

c. Şiddet Uygulayanın Korunan Kişinin Yakınlarına, Çocuklarına ve Şiddetin Tanıklarına Yaklaşmaması

Hâkim, şiddet uygulayanın, şiddet mağdurunun yakınlarına, çocuklarına veya şiddetin tanıklarına yaklaşmamasına dair tedbir kararı verebilir (6284 s. Kanun m. 5/1-d). Bu tedbir kararının verilebilmesi için şiddet mağdurunun yakınlarının da şiddete uğramış olması gerekmemektedir. Şiddet mağduruna yardım ettikleri veya şiddete tanık oldukları için şiddet mağduru dışındaki diğer kişiler de şiddet tehdidi altındadır. Bu kişilerin şiddetten korunması için tedbir alınması büyük önem arz eder.⁹⁶ Bu tedbirin verilebilmesi için, korunan kişinin yakınları veya şiddet tanıklarının, 6284 sayılı Kanun kapsamında koruma altına kişilerden olup olmamasının önemi bulunmamaktadır.⁹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin OPUZ davasında da şiddet mağdurunun annesi, şiddet uygulayan tarafından tehdit edilmiş ve öldürülmüştür.⁹⁸

Hâkim şiddet uygulayanın, şiddet mağduru ile ortak çocuklarına yaklaşmamasına dair de tedbir kararı verebilir. Ancak şiddet uygu-

⁹⁵ Günay, a.g.m., s. 666.

⁹⁶ Söylemez, a.g.m., s. 131; Tuna, a.g.e., s. 75.

⁹⁷ Günay, a.g.m., s. 667.

⁹⁸ AİHM, OPUZ/Türkiye kararında devletin, başvuru ve annesinin şiddetten korunmasına yönelik etkili önlemler almayıp, vatandaşını şiddetten koruyamaması nedeniyle AİHS'nin ihlal edildiği kararını vermiştir. Opuz davası, AİHM'nin bir ülkeyi kadına yönelik olan şiddeti engellemekte başarısız olduğu gerekçesi ile ilk defa tazminata mahkûm etmesi ve kadına yönelik gerçekleşen cinsiyete dayalı şiddetin bir ayrımcılık şekli olarak kabul edilmesi nedeniyle kadına yönelik şiddet olayları bakımından bir dönüm noktasıdır. (Esmâ Yağmur Sönmez, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi", *İstanbul Üniversitesi Kadın Araştırmaları Dergisi- Istanbul University Journal of Women's Studies*, S. 20, Y. 2020, ss. 1-17, s. 7)

layanın çocuğu ile kişisel ilişki kurması hakkı saklıdır. Hâkim şiddet uygulayanın, çocuklarına yaklaşmaması tedbirinin yanı sıra çocuklarla kişisel ilişki kurmasının sınırlandırılmasına dair tedbir kararı da verebilir.⁹⁹

ç. Şiddet Uygulayanın Çocukla Kişisel İlişki Kurmasının Sınırlandırılması

Çocuğun güvenliğinin sağlanması ve kaçırılmasının önlenmesi amacıyla hakim, şiddet uygulayanın çocukla kişisel ilişki kurmasının refakatçi eşliğinde gerçekleşmesine, sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir (6284 s. Kanun m. 5/1-ç). Çocuğun üstün yararının gözetilmesi ve çocuğun şiddetten korunmasının gerektirmesi halinde çocukla kurulan kişisel ilişki, hâkim kararı ile sınırlandırılabilir. Bu önleyici tedbir kararı ile, çocuğun karşı taraf tarafından intikam aracı veya incitme amacıyla kullanılması önlenmiş olur.¹⁰⁰

Bu tedbir kararının verilebilmesi için, şiddet mağdurunun çocuk olması gerekmez. Şiddet mağdurunun çocuğun velayetinin sahibi olması durumunda, çocuğa yönelik şiddet bulunmasa dahi tedbir kararı verilerek hem çocuk hem de şiddet mağduru olan velayet sahibi korunmuş olur.¹⁰¹

Bu tedbir kararı ayrıca, çocuğa karşı şiddet uygulayan veya uygulama ihtimali bulunan anne ve babalar için de uygulanabilir. Çocuğuna karşı şiddet uygulayan veya uygulama ihtimali bulunan anne babaların, çocukla ilişki kurmasının sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına yönelik karar verilebilir.¹⁰²

Kanunda, bu tedbir kararının verilebilmesi için, çocukla daha önceden verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu durumda kanunun lafzı gereği bu tedbir kararının, boşanmış, boşanma aşamasında olan veya birlikte yaşamaya ara verilen durumlarda, hakkında velayet kararı olmayıp çocukla kişisel ilişki kurma kararı olan eş hakkında uygulanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak doktrinde bir görüş, kanun koyucunun amacı değerlendirilerek

⁹⁹ Tuna, a.g.e., s. 76.

¹⁰⁰ Söylemez, a.g.m., s. 130; Tuna, a.g.e., s. 76.

¹⁰¹ Söylemez, a.g.m., s. 130.

¹⁰² Günay, a.g.m., s. 666.

dirildiğinde, bu tedbir kararının çocuğun korunmasına yönelik olduğundan, önceden kişisel ilişki koruma kararı olmasa da bu tedbirin uygulanabilmesi gerektiğini belirtmektedir. Buna göre bu tedbir kararı, devam eden bir evlilikte, hakkında müşterek konuttan uzaklaştırma kararı verilen eş hakkında, çocuklara da şiddet uygulama riski bulunuyorsa eğer, uygulanabilmelidir. Bu tedbir kararı aynı zamanda, anne ve baba dışında, TMK m. 325 kapsamında çocukla arasında kişisel ilişki kurma hakkı bulunan diğer kişiler bakımından da çocuğa karşı şiddetin varlığı veya şiddet ihtimali olması halinde uygulanabilmelidir.¹⁰³

Anayasa mahkemesi, çocuğuna yönelik şiddette bulunmamasına rağmen çocuğuyla kişisel ilişki kurma hakkı kaldırıldığı için aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini belirten başvurucunun başvurusu hakkında, çocuğa yönelik şiddet bulunmasa dahi çocuğun, babasının şiddet eylemlerinden etkilenmesi nedeniyle çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerektiğini, tedbirin şiddeti önlemeye yönelik olması ve süre ile sınırlı olması nedeniyle elverişli ve ölçülü olduğunu belirterek ihlal olmadığı yönünde karar vermiştir.¹⁰⁴

¹⁰³ Yağcıoğlu, a.g.m., s. 941.

¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, 18.07.2019 tarihli C.K. başvurusunda, velayeti eski eşinde olan çocuğuyla kişisel ilişki kurma hakkı kaldırılan başvurucunun, aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediği kararını vermiştir.

Karara konu olayda, başvuru eski eşini tehdit etmiş, darp etmiş ve eski eşinin talebi üzerine başvuru hakkında diğer tedbirlerin yanı sıra altı aylık süre ile çocuğuyla şahsi ilişkisinin kaldırılmasına dair karar verilmiştir. Başvuru ise, çocuğuna şiddet uygulamamasına ve buna dair bir talep bulunmamasına rağmen mahkemenin, çocuğuyla şahsi ilişkisinin kaldırılmasına dair tedbir kararı vermesinin ve kararda gerekçe gösterilmemesinin adil yargılanma, kişinin maddi ve manevi haklarını koruma ve çocuk haklarını ihlal ettiği gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmede, ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkide, çocuğun şiddete uğraması veya şiddete uğrama tehlikesinin bulunduğu hallerde, çocuğun korunması amacıyla kamu makamları tarafından kişisel ilişkinin kaldırılması kararı verilmesinin çocuğun üstün yararının korunması amacını gözettiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, 6284 sayılı Kanun kapsamında öngörülen tedbirlerin alınmasında, kesin delillerin aranmasının kanunun şiddeti önleme amacına aykırı olduğunu ve tedbir kararı verilmesinde şiddetin varlığının veya şiddete uğrama tehlikesinin bulunmasının yeterli olduğunu belirtmiştir. Olayda, başvurucunun eşini darp etmesi olayının çocuğun yanında gerçekleşmesi, başvurucunun çocuğa "Annene iyi sarıl 24 saat içinde ölecek annen" şeklinde sözler sarf ettiği iddiasının bulunması nedeniyle, çocuğun babası-

d. Şiddet Uygulayanın Korunan Kişinin Eşyalarına Zarar Vermemesi

Şiddet uygulayanın, korunan mağdurun eşyalarını zorla alması, el koyması, zarar vermesi durumlarının bulunması halinde hâkim, şiddet uygulayanın korunan mağdurun eşyalarına zarar vermemesi yönünde tedbir kararı verebilir (6284 s. Kanun m. 5/1-e). Bu tedbir kararı kapsamında, mağdurun ev eşyaları ve şahsi eşyaları korunmaktadır.¹⁰⁵

e. Şiddet Uygulayana Ait Silahların Kolluğa Teslim Edilmesi

Hâkim, mağdurun şiddete uğraması veya şiddete uğrama tehlikesi bulunması halinde, şiddet uygulayanın kendisine ait silahların kolluğa teslim edilmesine dair tedbir kararı verebilir (6284 s. Kanun m. 5/1-g). Bu tedbirin uygulanması için, silahın daha önceden şiddete araç olarak kullanılması gerekli değildir. Şiddet uygulayan kişinin silaha başvurma ihtimalinin bulunması, tedbire hükmedilmesi bakımından yeterlidir.¹⁰⁶ Silahın teslim edilmesi, silahın emanete alınmasından ibarettir, silah ruhsatının iptali sonucuna yol açmaz.¹⁰⁷

Şiddet uygulayanın kamu görevi nedeniyle zorunlu olarak silah taşıyan kimse olması halinde, hâkimin vermiş olduğu tedbir kararı ile, zimmetindeki silahı kuruma teslim etmelidir (6284 s. Kanun m. 5/1-ğ). Silahı teslim alan kurum amirinin silahı, tedbir kararı süresinin sonuna kadar veya tedbir kararının değiştirildiği veya sona erdiği kendisine bildirilinceye kadar silahı şiddet uygulayana teslim etmemelidir. Hâkimin, şiddet uygulayanın kamu görevi nedeniyle zimmetinde bulundurduğu silahı teslim etmesine yönelik tedbir kararı verirken, silahın şiddet tehlikesi oluşturup oluşturmadığı, mağdurun silahla tehdit edilip edilmediği, silahın kamu görevlisinin görevi bakımından hayati

nın şiddet içeren eylemlerinden etkilendiği ve çocuğun başvuru ile kişisel ilişki kurmadaki menfaati karşısında çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerektiğinden, başvuru ile altı ay süre boyunca kişisel ilişkisinin kaldırılmasının, şiddetin önlenmesi için uygulanması ve süre ile sınırlı olması nedeniyle elverişli ve ölçülü olduğu ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediği kararını vermiştir. (C.K., B. No: 2016/3114, 18/7/2019) (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> e.t. 03.01.2024)

¹⁰⁵ Söylemez, a.g.m., s. 131; Tuna, a.g.e., s. 77; Günay, a.g.m., s. 667.

¹⁰⁶ Söylemez, a.g.m., s. 133; Tuna, s. 77; Günay, a.g.m., s. 668.

¹⁰⁷ Söylemez, a.g.m., s. 133.

önem arz edip etmediği hususlarını değerlendirip somut olayın şartlarına göre tedbir kararı vermesi gerekir.¹⁰⁸

g. Şiddet Uygulayanın Şiddet Eğilimine Yol Açan Davranışlarının Tedavi Edilmesi

Hâkim, gerekli görmesi halinde, şiddet uygulayanın şiddet eğilimine neden olan davranışlarının tedavi edilmesine yönelik tedbir kararı verebilir (6284 s. Kanun m. 5/1-ı). Bu tedbir kararı ile şiddete neden olan rahatsızlıklar tedavi edilerek, şiddetin tamamen sonlandırılması amaçlanır. Şiddete neden olan rahatsızlıklar psikolojik, bedensel veya ruhsal olabilir.¹⁰⁹ Kanunda bu tedbirin verilebileceği süre bakımından düzenleme bulunmamakla beraber süre, tedaviyi gerçekleştiren hekim tarafından belirlenecektir.¹¹⁰

ğ. Şiddet Uygulayanın Korunan Kişilerin Buldukları Yerlerde Alkol veya Uyuşturucu ya da Uyarıcı Madde Kullanmaması ve Bağımlılık Halinde Muayene ve Tedavi Edilmesi

Hâkim, şiddet uygulayanın kullanmış olduğu alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kişinin ayırt etme gücünü etkileyip şiddet uygulamaya yöneltme ihtimalinin bulunması nedeniyle, şiddet uygulayanın korunan kişilerin buldukları yerlerde bu maddeleri kullanmamasına veya bu maddelerin etkisindeyken korunan kişilere yaklaşmamasına yönelik tedbir kararı verebilir (6284 s. Kanun m. 5/1-h). Şiddet uygulayanın, alkol, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımının bağımlılık haline gelmesi durumunda, bu maddelerin kullanımının şiddet uygulamakla bağlantılı olması nedeniyle, şiddet uygulayanın hastaneye yatırılmasına, muayene ve tedavi edilmesine yönelik tedbir kararı verebilir.¹¹¹

h. Şiddet Uygulayanın Korunan Kişiyi İletişim Araçlarıyla Rahatsız Etmemesi

Hâkim, şiddet uygulayanın korunan kişiyi, görsel, işitsel, yazılı, internet gibi araçlarla ya da sair surette rahatsız etmemesine yönelik tedbir kararı verebilir (6284 s. Kanun m. 5/1-f). Şiddet uygulayanın, te-

¹⁰⁸ Söylemez, a.g.m., s. 135.

¹⁰⁹ Günay, a.g.m., s. 669; Tuna, a.g.e., s. 78.

¹¹⁰ Tuna, a.g.e., s. 78.

¹¹¹ Söylemez, a.g.m., s. 135; Tuna, a.g.e., s. 79; Günay, a.g.m., s. 669.

lefon, radyo, e-posta, televizyon, mektup, sosyal medya uygulamaları gibi araçlar aracılığıyla korunan kişiyi tehdit etmesi, hakaret etmesi, korkutması gibi hareketlerle rahatsız etmesi durumunda bu tedbire başvurulabilir.¹¹² Ancak şiddet uygulayan ile şiddet mağduru arasındaki huzuru bozmayacak şekilde iletişim araçlarıyla yapılan iletişim halleri bu tedbir kapsamına girmemektedir.¹¹³

4. Tedbir Kararlarının Uygulanması

Koruyucu ve önleyici tedbir kararları, kamu kurum ve kuruluşları tarafından ŞÖNİM ile iş birliği içerisinde yerine getirilir. Tedbir kararlarının titizlikle ve ivedilikle yerine getirilmesi gerekir. Kanun kapsamında verilen tedbir kararının şiddeti engellemede başarılı olabilmesi için ivedilikle yerine getirilmesi büyük önem arz eder. Aksi takdirde olumsuz sonuçların ve hak kayıplarının meydana gelmesi kaçınılmaz olacaktır.

6284 sayılı Kanun kapsamında verilen tedbir kararlarının ivedi bir biçimde, Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine ve kararın niteliğine göre cumhuriyet başsavcılığı veya kolluğa bildirilmesi gerekir.¹¹⁴ Koruyucu ve önleyici tedbir kararlarının uygulanmasında, hakkında tedbir kararı verilen kişilerin yerleşim yeri, bulunduğu yer veya tedbirin uygulanacağı yerdeki kolluk birimleri görevli ve yetkilidir.¹¹⁵

Tedbir kararları, geçici kararlardır. Bu nedenle mülki amirin veya hâkimin belirlediği süre için geçerli olurlar. Tedbir kararları, ilk seferde en fazla altı ay için verilebilir. Ancak şiddetin veya şiddet uygulanması tehlikesinin devam etmesi halinde, resen, şiddet mağdurunun, müdürlük, ŞÖNİM veya kolluk görevlilerinin talebi üzerine tedbir süresinin değiştirilmesine veya aynen devam ettirilmesine karar verilebilir.¹¹⁶

Tedbir kararları, şiddeti uygulayana ve şiddet mağduruna tefhim veya tebliğ edilir. Tedbir talebi reddedilirse yalnızca korunan kişiye karar tebliğ edilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk

¹¹² Söylemez, a.g.m., s. 132; Tuna, a.g.e., s. 79; Günay, a.g.m., s. 668.

¹¹³ Tuna, a.g.e., s. 80.

¹¹⁴ Uğur, a.g.m., s. 353; Günay, a.g.m., s. 677.

¹¹⁵ Günay, a.g.m., s. 678.

¹¹⁶ Yağcıoğlu, a.g.m., s. 950; Günay, a.g.m., s. 675; Söylemez, a.g.m., s. 140.

amiri tarafından verilen tedbir kararı şiddet uygulayana bir tutanakla derhal tebliğ edilir.¹¹⁷ Tedbir kararının tebliğ edilememesi, kararın uygulanmasına engel oluşturmaz.¹¹⁸ Koruyucu tedbir kararlarının, şiddet mağdurunu korumaya yönelik olması sebebiyle şiddet failine yükümlülük yüklediğinden, kararın uygulanması için şiddet failine tebliğ edilmesi şart değildir. Ancak tedbir kararının tebliğ edilmemesi, karara karşı iki haftalık itiraz süresinin başlamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda karara karşı itiraz süresi, tedbir kararının herhangi bir şekilde öğrenilmesi veya tebliğ edilmesinden itibaren başlayacaktır.¹¹⁹ Tedbir veya tefhim işlemlerinde, tedbir kararına aykırı davranılması halinde zorlama hapsine tabi tutulacağına da belirtilmesi gerekir.¹²⁰

6284 sayılı Kanun kapsamında verilen tedbir kararları itiraz kanun yoluna tabidir. Buna göre, tedbir kararlarına karşı, kararın tefhim ve tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde Aile Mahkemesi hakimine itiraz edilebilir. İtirazı inceleyen mahkeme bir hafta içinde karar verir. Hâkim verilen tedbir kararının kaldırılmasına, değiştirilmesine veya aynen devamına karar verebilir. İtiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir ancak hâkimin gerekli görmesi halinde ilgililer dinlenebilir. İtiraz üzerine verilen karar kesindir.¹²¹

Tedbir kararları, zorlayıcı ve bağlayıcı kararlardır. Önleyici tedbir kararlarının, şiddet uygulayan tarafından ihlal edilmesi halinde, şiddet uygulayan hakkında zorlama hapsi yaptırımını öngörmüştür.¹²²

5. 6284 sayılı Kanun Kapsamında Verilen Tedbir Kararları ile ilgili Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi

İnsan hakları bireyin yalnızca insan olmasından kaynaklanan herkes için eşit, vazgeçilmez ve devredilmez haklardır. Bu nedenle insan hakları bireylere ve devlete pozitif ve negatif yükümlülükler yüklemektedir. Bireyler, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunu kullanarak Anayasa ile temin edilen temel hak ve özgürlüklerinin

¹¹⁷ Yağcıoğlu, a.g.m., s. 951; Günay, a.g.m., s. 675, Söylemez, a.g.m., s. 141.

¹¹⁸ Yağcıoğlu, a.g.m., s. 953; Söylemez, a.g.m., s. 141.

¹¹⁹ Uğur, a.g.m., s. 354.

¹²⁰ Uğur, a.g.m., s. 354; Günay, a.g.m., s. 675.

¹²¹ Yağcıoğlu, a.g.m., s. 951; Söylemez, a.g.m., s. 141; Günay, a.g.m., s. 676.

¹²² Günay, a.g.m., s. 651.

kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia ederler. Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirme ile, kamu gücünün Anayasal hakları ihlal edip etmediğini denetlemektedir. Mahkeme bu şekilde hem bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını sağlamakta, hem de hukuk düzeninin temeli olan Anayasa'yı korumaktadır.¹²³

Kadına yönelik şiddetin önlenmesi kapsamında korunmak istenen hukuki değerlerin başında yaşama hakkı, eşitlik ilkesi, ayrımcılığa uğramama hakkı ve işkence görmeme hakkı gelmektedir.¹²⁴ Anayasa Mahkemesi 6284 sayılı Kanun kapsamında verilen tedbir kararları ile ilgili yapılan başvurularda gerekçeli karar hakkı, yaşam hakkı, madde ve manevi varlığın korunması hakkı ve özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirmeler yapmıştır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'ne yapılmış olan otuz başvurudan otuz dört tanesinde hak ihlali olduğuna dair, beş tanesinde ise ihlal olmadığına dair karar vermiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bu kararların birçoğunda, devletin şiddet mağdurlarının korunması ve şiddetin önlenmesine yönelik koruma yükümlülüğünü ayrıca değerlendirmiştir.

a. Devletin Koruma Yükümlülüğü

Devletin insan hakları ihlallerine ilişkin kamusal korumanın sağlanması bakımından negatif ve pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Negatif yükümlülükler kapsamında devlet, ilgili uluslararası sözleşmelere taraf olmak, ulusal mevzuatı buna uygun olarak düzenlemek ve kanunun izin verdiği sınırlar haricinde hakka müdahale etmemek yükümlülüğündedir. Devletin pozitif yükümlülüğü ise kadına yönelik şiddetin önlenmesine dair gerekli tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir.¹²⁵ Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında 6284 sayılı Kanun'da, şiddeti önlemeye ve şiddet mağdurlarının korunmasına yönelik koruyucu ve önleyici tedbir kararları düzenlenmiştir. Ayrıca

¹²³ Canan Budak, "Anayasa Mahkemesi'nin S.E. Kararı Işığında Kadına Yönelik Şiddet ve Kadın Cinayetlerini Önlemede İdarenin Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi*, C. 6, S. 1, Y. 2022, ss. 140-166, s. 156.

¹²⁴ Fatih Dügmeçi/Esin Gürsel, "Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetin Önlenmesi Hususunda Devletin Yükümlülükleri ve Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 2, Y. 2019, ss. 843-873, s. 845.

¹²⁵ Dügmeçi/Gürsel, a.g.m., s. 848.

6284 sayılı Kanun ile devletin sunması gereken hizmetler de düzenlenmiştir. Bu kapsamda kanunda, Şiddeti Önleme ve İzleme Merkezlerinin kurulması, kadınlara yönelik ekonomik, psikolojik, hukuki ve mesleki destek hizmeti verilmesi, şiddetin bildirilmesine dair destek hattı kurulması, kadın konukevlerinin açılması ve etkin bir soruşturma sisteminin kurulması düzenlenmiştir.¹²⁶

Şiddetin önlenmesi ve şiddet mağdurlarının korunması için devletin yapmakla yükümlü olduğu hizmetler, bir yandan kamu hizmeti diğer yandan ise kolluk hizmeti niteliği taşımaktadır. Kamu hizmeti, kamu yararı amacıyla yapılan, kamu hizmeti olarak nitelendirilen, idare tarafından veya idarenin denetim ve gözetimi altında özel kişiler tarafından yapılan, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını tatmin etmeyi amaçlayan faaliyetlerdir.¹²⁷ Kolluk faaliyeti ise, idarenin kamu düzenini sağlama koruma ve bu düzenin bozulması durumunda eski haline getirme için bireysel ve toplumsal davranışları düzenlemesi ve toplum düzenine aykırı olan davranışları kuvvet kullanarak önlemesi amacıyla yapılan faaliyetlerdir.¹²⁸ Devletin yapmakla yükümlü olduğu şiddet mağduruna yönelik ekonomik ve psikolojik destek verilmesi, kadın konukevlerinde barınma imkanı sağlanması, mesleki yönlendirme ve rehberlik hizmeti verilmesi, kreş imkanı sağlanması, şiddet ihbarlarına yönelik özel ihbar hattı oluşturulması hizmetleri birer sosyal kamu hizmetidir. Devletin şiddetin önlenmesine ve mağdurun korunmasına yönelik yapmış olduğu faaliyetlerin bir bölümü ise idari kolluk faaliyeti niteliğindedir. İdari kolluk faaliyeti, kamu düzeninin bozulmasını önlemeyi amaçlayan bir faaliyettir. Bu kapsamda 6284 sayılı Kanun ile şiddeti önlemeye ve şiddet mağdurunu korumaya yönelik kolluk kuvvetlerine verilmiş olan görevler idari kolluk faaliyeti niteliği taşımaktadır.¹²⁹

Anayasa Mahkemesi A.Z.Ö. (B. No: 2014/546) kararında, devletin sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin, kişiler arasındaki ilişkilerde de belirtilen haklara saygı duyulmasına dair gerekli tedbirlerin alınma-

¹²⁶ Dügmeçi/Gürsel, a.g.m., s. 850.

¹²⁷ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, 2013, s. 494; Oğuz Sancakdar, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayınları, 2013, s. 547.

¹²⁸ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, a.g.e., s. 507.

¹²⁹ Dügmeçi/Gürsel, a.g.m., s. 863.

sını zorunlu kıldığını belirtmektedir. Buna yönelik alınması gereken tedbirlerin neler olduğunu, her somut olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtilmiştir. Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında koruma yükümlülüğünün hem hukuki hem de fiili tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini belirtmektedir. Bununla birlikte, insan davranışlarının öngörülemez oluşu, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlemin veya faaliyetin tercihi dikkate alınarak pozitif yükümlülüklerin devlete aşırı olacak şekilde yorumlanmaması gerektiğini belirtmektedir.¹³⁰

Anayasa Mahkemesi devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında öncelikle etkili bir hukuk sistemi kurma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini değerlendirmektedir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, birçok başvuruda devletin koruma yükümlülüğü çerçevesinde, şiddet mağdurlarını korumaya yönelik gerekli düzenlemelerin yapılıp yapılmadığını ve hukuki altyapının oluşturulup oluşturulmadığını değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmelerde, şiddetin önlenmesi ve şiddet mağdurlarının korunması amacıyla Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde belirlenen standartlara uygun olarak 6284 sayılı Kanun ve 6284 sayılı Kanun'un uygulanmasına dair yönetmeliğin yürürlüğe konduğunu belirtmiştir. 6284 sayılı Kanun ile şiddete maruz kalan maruz kalma tehlikesi bulunan kadın, çocuk ve aile bireylerinin gecikmeksizin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi için etkili ve süratli bir yöntem izlenmesine dair alınacak tedbirlerin ayrıntılı olarak düzenlendiğini ve ayrıca kanun kapsamında şiddeti önlemeye yönelik ŞÖNİM gibi idari birimlerin oluşturulduğunu belirtmektedir. Bu nedenlerden dolayı Anayasa Mahkemesi, devletin koruma yükümlülüğü çerçevesinde gerekli hukuki altyapıyı oluşturduğunu ve şiddet mağdurlarının korunmasına yönelik hukuk sisteminin yetersiz olmadığını ifade etmiştir. (Semra Özel Üner, B. No: 2014/12009, 26/10/2016, § 39; A.Z.Ö., B. No: 2014/546, 19/12/2017, § 76; Ö.T., B. No: 2015/16029, 19/2/2019, § 32; T.A. [GK], B. No: 2017/32972, 29/9/2021, § 36).¹³¹

¹³⁰ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (e.t. 28.03.2024)

¹³¹ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (e.t. 03.01.2024)

b. Gerekçeli Karar Hakkı Bakımından

Gerekçeli karar hakkı, kanun yoluna başvurma hakkının etkili bir biçimde kullanılabilmesi bakımından önem arz etmektedir. Gerekçeli karar hakkı, kanun yoluna başvurulması hususunda tarafların adil yargılanma hakkını temin etmekle beraber mahkemelere olan güveni sağlamakta ve yargı kararlarının denetimini sağlayarak keyfiliğin önlenmesini, sürecin şeffaf olarak yürütülmesini, kararların Anayasa'ya ve hukuka uygun olarak verildiğine dair kamuoyuna güvence verilmesini de temin etmektedir.¹³²

Anayasa'nın 141/3. maddesinde düzenlenen gerekçeli karar hakkına göre, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerekir.¹³³ Gerekçeli karar hakkı, Anayasa'da tüm mahkemelere yüklenmiş bir zorunluluk şeklinde özel olarak düzenlenmiştir.¹³⁴ Gerekçeli karar hakkı, her ne kadar Anayasa'nın 'Yargı' başlığı altında mahkemelerin uyması gereken bir yükümlülük olarak düzenlenmiş olsa da bu hüküm, hak arama hürriyetinin tamamlayıcısı niteliğindedir.¹³⁵

Anayasa Mahkemesi, 06.01.2016 tarihli Salih Söylemezoğlu başvurusunda, başvurucunun 6284 sayılı Kanun uyarınca verilen önleyici tedbir kararına yapmış olduğu itirazın, ileri sürülen iddia ve delillerin kararda tartışılmadan reddedilmesi nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği kararını vermiştir. Karara konu olayda başvurucu hakkında mahkemece 6284 sayılı Kanun uyarınca önleyici tedbir kararına hükmedilmiştir. Başvurucunun bu karara yapmış olduğu itiraz mahkemece reddedilmiştir. Başvurucu, gerçek dışı beyan ve iddialara dayanılarak tedbir kararı verildiği, iddiaların gerçekliğinin araştırılması için yapmış olduğu itirazın araştırma yapılmadan gerekçesiz olarak reddedildiği, itiraz makamının yeterli inceleme yapmaksızın beyanı alınmadan karar verdiği gerekçeleriyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

¹³² Sinem Servet Karaçam, "AİHM ve AYM Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Gerekçeli Karar Hakkı", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, Y. 2022, ss. 107-133, s. 108.

¹³³ "Madde 141/3: Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır."

¹³⁴ Nedim Bekri, "Gerekçeli Karar Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2014, S. 3, ss. 203-228, s. 213.

¹³⁵ Karaçam, a.g.m., s. 108.

Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmede, 6284 sayılı Kanun uyarınca koruyucu tedbir kararı verilirken kanunda herhangi bir delil veya belge aranmayacağı düzenlense dahi önleyici tedbir kararları bakımından, temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı niteliğe sahip olduğu için şiddete maruz kalındığına veya maruz kalma tehlikesi bulunduğu dair olguların varlığının gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, tedbir kararları ile kişinin vücut dokunulmazlığı ve yaşam hakkının korunması amaçlansa dahi diğer taraftan önleyici tedbir kararları ile kişinin hak ve özgürlüklerine önemli ölçüde sınırlama getirileceğinden, tarafların hak ve özgürlükleri arasındaki dengenin gözetilmesi gerekir. Önleyici tedbir kararı verilirken aciliyet unsuru bulunduğundan ötürü, şiddet unsurunun varlığına dair kanaatin nasıl oluştuğunun açıklanması bakımından, gerekçeli karar hakkının temel esaslarına zarar vermeyecek şekilde daha esnek bir yaklaşım usulünün benimsenebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, aciliyet unsurunun ortadan kalktığı itiraz aşamasında ise mahkemenin, tek taraflı iddialara dayanılarak verilen tedbir kararının yerindeliğini, öne sürülen beyan ve deliller ışığında hak ve menfaat dengesi gözetilerek değerlendirmesi gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda, itiraz mercinin vermiş olduğu kararda, başvurusunun itirazında belirttiği bilgi ve beyanlar ve dinlenmesini talep ettiği tanıklar hakkında bir hususa değinilmemesi, gerekçesiz olarak verilen tedbir kararına yapılan itirazın hangi gerekçe ile reddedildiğine dair asgari düzeyde dahi bir açıklama yapılmamış olması nedenlerinden ötürü gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği kararını vermiştir. (*Salih Söylemezoğlu*, B. No: 2013/3758, 6/1/2016)¹³⁶

Anayasa Mahkemesi 22.09.2022 tarihli Murat Demircan başvurusunda da tedbir kararı verilirken, ilk derece mahkemesince esasa ilişkin gerekçe bulunması durumunda itiraz mercinin bu karara atıf yapmak suretiyle değerlendirme yapması makul görülse dahi, ilk derece mahkemesince verilen kararda gerekçe bulunmaması halinde başvuru tarafından yapılan itirazın, itiraz merci tarafından gerekçeli olarak karşılanması gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği kararını vermiştir. (*Murat Demircan*, B. No: 2019/37343, 22/9/2022)¹³⁷

¹³⁶ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (e.t. 03.01.2024)

¹³⁷ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (e.t. 03.01.2024)

Anayasa Mahkemesi 22.02.2022 tarihli Ercan Şahin ve diğerleri (B. No: 2018/8030), 19.01.2022 tarihli Gülbahar Yeni (B. No: 2019/17533), 07.09.2021 tarihli Ahmet Ertan Çınar (B. No: 2018/32978), 07.04.2021 tarihli M.Ş.N. (B. No: 2018/3789), 24.02.2021 tarihli Mustafa Atak (B. No: 2018/27304), 10.02.2021 tarihli Emre Kaya (B. No: 2018/743), 14.10.2020 tarihli A.B. (B. No: 2018/2626), 11.12.2019 tarihli T.K. (B. No: 2017/27041), 29/3/2023 tarihli Yılmaz Çetin (B. No: 2020/17168), 17.11.2022 tarihli Tuba Eler (B. No: 2019/1924), 21.12.2022 tarihli Mutlu Işık (No: 2021/43218), 17.11.2022 tarihli Levent İyikesici (B. No: 2021/40013), 17.11.2022 tarihli Haydar Demir (B. No: 2021/36828), 17.11.2022 tarihli Medet Anık (B. No: 2021/34290), 17.11.2022 tarihli Göknur Güler Öztürk (B. No: 2021/25211), 17.11.2022 tarihli Orhan Demir (B. No: 2021/17030), 17.11.2022 tarihli Mehmet İven (B. No: 2021/8067), 17.11.2022 tarihli Mehmet Bayrakçı (B. No: 2021/5079), 17.11.2022 tarihli Ercan Ayan (B. No: 2020/39031), 17.11.2022 tarihli Toruntay Emre Uluer (B. No: 2020/34011), 17.11.2022 tarihli Orhan Bülent Falay (B. No: 2020/31850), 17.11.2022 tarihli Ender Altıok (B. No: 2020/31481), 17.11.2022 tarihli Coşkun Ülker (B. No: 2020/20774), 17.11.2022 tarihli Özgül Güzel Biltekin (B. No: 2020/14819), 17.11.2022 tarihli Faruk Demirci (B. No: 2020/14016), 17.11.2022 tarihli Recep Kaya (B. No: 2019/42029), 17.11.2022 tarihli Abdulkadir Ercan (B. No: 2019/34891), 17.11.2022 tarihli Mustafa Kuzu (B. No: 2019/22732), 17.11.2022 tarihli Kutsal Turhan Yılmazok (B. No: 2019/12390)¹³⁸ başvurusunda da mahkemece verilen tedbir kararına yönelik başvuruların yapmış olduğu itirazların, itiraz merci tarafından gerekçe gösterilmeksizin reddedilmesinin, gerekçeli karar hakkının ihlaline neden olduğu kararını vermiştir. Anayasa Mahkemesi 01.02.2017 tarihli M.M.Ç. (B. No: 2014/12971) ve 10.03.2020 tarihli Azim Çiğil (B. No: 2017/39439)¹³⁹ başvurusunda ise, mahkeme tedbir kararı verirken kesin bir delile ihtiyaç olmadığı, şiddetin varlığı veya şiddete uğrama tehlikesinin varlığının yeterli olduğu ve itiraz eden başvuruçunun ayrıca değerlendirilmesini gerektirecek bir olgu ileri sürmediği nedeniyle itiraz mercinin tedbir kararına atıf yapmak suretiyle değerlendirme yapmasının makul görüleceğinden adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği kararını vermiştir.

¹³⁸ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (e.t. 03.01.2024)

¹³⁹ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (e.t. 03.01.2024)

Çalışmamızda incelemiş olduğumuz kırk sekiz adet Anayasa Mahkemesi kararının, otuz üç tanesi gerekçeli karar hakkının ihlali-ne ilişkindir. Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine dair başvurulardan otuz bir tanesi hakkında ihlal kararı vermiş, iki tanesi hakkında ise adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine yönelik karar vermiştir.

Uygulamada genellikle derece mahkemeleri hem koruyucu hem de önleyici tedbir kararı verirken delil veya belge aramamaktadırlar. Derece mahkemeleri mağdur beyanını esas alarak koruyucu ve önleyici tedbirlere hükmetmektedirler. Koruyucu tedbir kararları bakımından sorun olmasa dahi, önleyici tedbir kararlarının şiddet uygulayanın hak ve özgürlüğünü kısıtlayıcı niteliğe sahip olması nedeniyle, hakkında tedbire hükmedilen şiddet uygulayan, bu kararlara karşı itiraz kanun yoluna başvurmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bununla ilgili vermiş olduğu kararlarda, şiddet mağdurunun yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığının korunması ile şiddet uygulayanın temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır. Buna göre, önleyici tedbir kararı verilirken koruyucu tedbir kararlarında olduğu gibi sadece mağdurun beyanının esas alınması usulünün uygulanmasını değil, şiddete maruz kalındığına veya maruz kalma tehlikesi bulunduğu dair olguların varlığının tespitinin gerektiğini belirtmektedir. Bununla ilgili derece mahkemelerinin, önleyici tedbir kararı verirken aciliyet unsurunun bulunması nedeniyle, şiddetin varlığına dair kanaatin nasıl oluştuğuna dair açıklamanın yapılması bakımından gerekçeli karar hakkının temel esaslarına zarar vermeyecek biçimde, daha esnek bir yaklaşım usulü benimseyebileceğini belirtmektedir. Ancak bu karara yapılan itiraz nedeniyle kararı inceleyen itiraz mercinin ise, aciliyet unsuru ortadan kalktığı için, tedbir kararının yerindeliğinin beyan ve deliller ışığında hak ve menfaat dengesi gözeterek değerlendirmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak, şiddet uygulayanın itirazında, ayrıca incelenmesini gerektiren bir olgu ileri sürmemesi halinde Anayasa Mahkemesi, itiraz mercinin tedbir kararına atıf yaparak değerlendirme yapmasını makul görmektedir.

c. Yaşam Hakkı Bakımından

Yaşam hakkı, insan hakları içinde ilk ve en temel haktır. Yaşam hakkı, kamu makamları tarafından öldürülmeme ve yaşama yönelik

olan tehlike ve risklere karşı kamu makamları tarafından korunma hakkını içermektedir.¹⁴⁰ Yaşam hakkının en temel insan hakkı olması sebebiyle korunması özellik arz etmektedir. Bu kapsamda devlet hem insan yaşamını yok etmeme anlamında negatif yükümlülük, hem de insan yaşamını etkili olarak korumak, bu hakkın ihlal edilmesi durumunda caydırıcı ceza hükümleri düzenlemek ve ceza soruşturma ve kovuşturmasını etkili bir biçimde organize etmek yönünden pozitif yükümlülük altındadır.¹⁴¹ Yaşam hakkı, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁴²

Anayasa Mahkemesi, 29/9/2021 tarihli [T.A.](#) başvurusunda, yaşam hakkının ihlal edildiği kararını vermiştir. Söz konusu karara konu olayda, akademisyen olarak görev yapan S.E., eski eşi V.A. tarafından hem boşanma davası sürecinde hem de sonraki süreçte birçok kez rahatsız edilmiş, hakarete uğrayarak ölümlü tehdit edilmiştir. S.E., her olay sonrasında kolluğa başvurarak V.A.'dan şikayetçi olmuş, hatta tehdit nedeniyle Sulh Ceza Mahkemesinde görülen duruşmada hayatından endişe ettiğini, V.A.'nın tedbir kararlarını ihlal ettiğini, müşterek çocukla ilişkinin sona erdirilmesi gerektiğini belirterek savcılığa da şikayette bulunmuştur. Bu süreçte 6284 sayılı Kanun kapsamında tedbir kararları alınması talep edilse dahi, talep edilen bazı tedbir kararları kabul edilmemiş ve verilen tedbir kararlarından yaklaşılmama yönündeki tedbir kararı da muhatabı olan V.A.'ya tebliğ edilmemiştir. Bu karardan önce verilen tedbir kararının ise V.A.'ya tebliğ edilip edilmediği ise belirsizdir. Son olarak, müşterek çocuğun teslimi

¹⁴⁰ Sezgin Tanrıkulu, "İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 66, Y. 2006, ss. 51-94, s. 52.

¹⁴¹ Cengiz Topel Çiftçiöğlü, "Yaşama Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 103, Y. 2012, ss. 137-168, s. 143.

¹⁴² "Madde 17 - Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

(...)[12] meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması (...)[13] veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır."

esnasında V.A., eski eşi S.E.'yi bıçaklayarak öldürmüştür. Öldürülen S.E.'nin ebeveyni olan başvuru, gereken önlemlerin etkin bir şekilde alınmadığı, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirmediği, tedbir kararlarının infazının takibinin yapılmadığı ve hatta tebliğ edilmediği, kamu görevlilerinin ilgisizliği ve ihmali neticesinde kızının öldürüldüğünü belirterek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda, kamu makamlarının S.E.'nin hayatına yönelik gerçek ve yakın bir risk bulunduğundan haberdar olduğunu ancak şiddetin önlenmesine dair kamu makamlarınca gereken adımların atılmadığını belirtmiştir. Bu kapsamda, tedbir kararının V.A.'ya tebliğ edilmemesi, tedbir kararının ihlali iddiasına rağmen zorlama hapsinin gündeme gelmemesi, ŞÖNİM'in destek hizmeti sunmak için S.E. ile iletişime geçmemesi, resen tedbir kararı alma imkanı olan ve bunun için delile dahi ihtiyaç duymayan kamu makamlarının şiddeti önlemek adına adım atmaması, alınan tedbir kararlarının ise gereği gibi takip edilmemesi, kamu makamlarının müşterek çocuğun teslimi ve ebeveyn görüşmesi bakımından bir değerlendirme yapmamış olması nedenlerinden dolayı kamu makamlarının, S.E.'nin korunmasına dair elverişli tedbirleri almak ve uygulamak hususunda yetersiz kaldığı için devlete ait koruma yükümlülüğü yerine getirilmediğinden, yaşam hakkının ihlal edildiği kararını vermiştir. Anayasa Mahkemesi aynı zamanda, olayda kamu görevlilerinin ciddi ve yakın riske rağmen etkin ve pratik önlemleri almakta yetersiz kaldığından, basit bir hatayı aşan ihmali ve kusurlarının bulunması sebebiyle, yaşamı koruma yükümlülüğü ihlal edilmiş olduğundan, kamu görevlileri için soruşturma izni verilmemiş olmasının yaşam hakkı kapsamında etkili ceza soruşturması yürütülmesi yükümlülüğünün ihlali sonucu doğurduğu kararını vermiştir. (T.A. [GK], B. No: 2017/32972, 29/9/2021)¹⁴³

Anayasa Mahkemesi, E.B.'nin eşi tarafından öldürülmesi ile sonuçlanan bir başka olayda, yetkili makamların kadına yönelik şiddete dair gerekli ve yeterli tedbirleri almadıkları için E.B.'nin yaşam hakkının korunması hususunda yetkili makamların ihlali bulunduğu dair yapılan 03.06.2020 tarihli Fatma Güneş (B. No: 2016/8300) başvurusunda ise yaşam hakkının ihlal edilmediği kararını vermiştir. Anayasa mahkemesi söz konusu kararda, yaşam hakkının korunması yüküm-

¹⁴³ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (e.t. 03.01.2024)

lülüğünün ihlali hususunda öncelikle yetkili makamların, mağdurun yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir riskin bulunduğu hususunu bilip bilmediklerinin veya bilmeleri gerekip gerekmediğinin ortaya konulması, sonrasında ise böyle bir durumun bulunması halinde kamu makamlarının yetkileri çerçevesinde, kendilerinden beklenecek tedbirleri, alıp almadıklarının belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. (*Fatma Güneş*, B. No: 2016/8300, 3/6/2020) ¹⁴⁴

Anayasa Mahkemesi, yaşam hakkının ihlaline dair yapılan iki adet başvurudan bir tanesi hakkında yaşam hakkının ihlaline dair karar verirken diğeri hakkında yaşam hakkının ihlal edilmediği kararını vermiştir. Anayasa Mahkemesi yaşam hakkına yönelik devletin negatif yükümlülüğünün kamusal bir yetkiyle güç kullanan kamu görevlilerinin kasten ve hukuka aykırı bir biçimde hiçbir bireyin yaşamına son vermeme ödevi olduğunu belirtirken, devletin pozitif yükümlülüğünün ise bireyleri hem her türlü tehlikeye karşı korumayı hem de doğal olmayan ölüm olaylarının sorumlularının belirlenmesi, olayın tüm yönleriyle ortaya konulması ve gerektiğinde bu kişilerin cezalandırılması için etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğünü içerdiğini belirtmektedir. Yaşam hakkının maddi boyutu devletin negatif yükümlülüğünü ve yaşamı koruma yükümlülüğünü kapsamaktadır. Yaşam hakkının usul boyutu ise etkili soruşturma yapma yükümlülüğünü ifade etmektedir. Ceza soruşturmasını etkili bir şekilde yürütme yükümlülüğü kapsamında soruşturma makamlarının bütün delilleri tespit etmesi, soruşturma sürecinin kamu denetimine açık olması ve ayrıca ölen kişinin yakınlarının bu sürece gerekli ölçüde katılımlarının sağlanması gerekmektedir. Hukuk devleti ilkesi gereğince ceza soruşturmasının makul bir özen ve süratle yürütülmesi gerekir. Devletin bu usul yükümlülüğünü gerektiği şekilde yerine getirmesi, devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerini gerçekten yerine getirip getirmediğinin tespit edilmesini sağladığından, negatif ve pozitif yükümlülüklerin güvencesini oluşturmaktadır. Bu bağlamda değerlendirilmesi gereken bir başka husus da derece mahkemelerinin yürüttükleri yargılamalarda sonuca varırken Anayasa'nın 17. Maddesine uygun bir derinlik ve özenle inceleme yapıp yapmadıklarının veya ne ölçüde yaptıklarının değerlendirilmesidir.

¹⁴⁴ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (e.t. 03.01.2024)

Yaşam hakkının korunması çerçevesinde, yetkili makamların şiddeti önlemek adına gerekli adımları atıp atmadıkları, bu kapsamda elverişli tedbir kararlarını alıp almadıkları ve alınan tedbir kararlarının gereği gibi takip edip etmedikleri değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kapsamda öncelikle kamu makamlarının, şiddet mağduruna yönelik gerçek ve yakın bir risk bulunduğundan haberdar olup olmadığı değerlendirilmesi gerektiğini, kamu makamlarının söz konusu riskten haberdar olması halinde ise şiddetin önlenmesine dair gerekli adımlar atılması gerektiğini belirtmektedir. Şiddet mağdurunun hayatına yönelik gerçek ve yakın bir riskin mevcut olduğunu bilen kamu makamlarının, mağdurun korunmasına yönelik elverişli tedbirleri almak ve bu tedbirleri etkili bir biçimde uygulama yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmektedir.

ç. Maddi ve Manevi Varlığın Korunması Hakkı Bakımından

Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı, kişiye yaşamını istediği gibi gerçekleştirme ve geliştirme imkânı veren en önemli haktır. Devlet, bu hakkın ihlal edilmesine karşı gerekli hukuki koruma araçlarını garanti altına almak ve kişinin maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesi için insan onuruna yaraşır minimum bir korumayı garanti etmek yükümlülüğü altındadır.¹⁴⁵ Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı Anayasa'nın 5. ve 17. maddelerinde düzenlenmiştir.¹⁴⁶

Anayasa Mahkemesinin 19. 12.2017 tarihli A.Z.Ö. kararında, kimlik bilgilerinin değiştirilmesi ve geçici maddi yardım yapılması tedbirlerinin uygulanmasında gecikmeler ve aksaklıklar yaşandığından dolayı, maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlali kararı verilmiştir.

¹⁴⁵ Ali Tarık Gümüş, "Türk Anayasasında Kişinin Maddi Ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 2, ss. 133-172, s. 153.

¹⁴⁶ "Madde 5 - Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."
"Madde 17 - Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

Karara konu olayda, eski eşinden şiddet gören başvurucu, eski eşinden gördüğü şiddet ve tehditler nedeniyle birden fazla kez adres değişikliği talebinde bulunmuş ve valilikçe birden fazla kez adresinin değiştirilmesi sağlanmıştır. Bu süreçte eski eşi hakkında tedbir kararı verilmiş ve başvurucunun beyin felci olan oğlu bu süreçte girdiği depresyon nedeniyle intihar etmiştir. Başvurucu mahkemeden, kimlik bilgilerinin değiştirilmesi ve geçici yardım yapılması taleplerinde bulunmuştur. Başvurucu ve oğlunun kimlik bilgilerinin değiştirilmesi tedbiri talebinin kabulü ile tedbir, kabul edilmesinden yaklaşık on ay sonra uygulanmıştır. Geçici maddi yardım yapılması talebi ise kabuldünden dokuz ay sonra uygulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda, 6284 sayılı Kanun kapsamında verilen tedbirlerin uygulanmasında süratli bir usul izlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, yetkili mercilerce 6284 sayılı Kanun kapsamında tedbirlerin alınmasının yanı sıra bu tedbir kararlarının makul bir süre içinde yerine getirilmesinin de önem taşıdığı belirtilmiştir. Bu kapsamda, yetkili mercilerce alınan tedbir kararlarının dokuz ay ve on aylık gecikmeler sonucunda yerine getirilmesinin, adli ve idari süreçlerdeki aksaklıklardan dolayı oluştuğu ve bu gecikmenin makul olmadığı, bu nedenle kamu makamları tarafından başvurucu ve çocuklarının maddi ve manevi bütünlüklerinin korunması ve geçimlerinin sağlanması için alınan tedbirlerin, gereken hız ve özende gerçekleşmediği için, maddi ve manevi varlığın korunması hakkı kapsamında devlete ait pozitif yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmediği ve maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiği kararı verilmiştir. (A.Z.Ö., B. No: 2014/546, 19/12/2017)¹⁴⁷

Anayasa Mahkemesi, maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiğine yönelik vermiş olduğu bu kararda, 6284 sayılı Kanun kapsamında verilen tedbir kararlarının devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında, ivedi bir biçimde yerine getirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Çalışmamızın koruyucu ve önleyici tedbir kararları başlığı altında incelediğimiz K.Ş. (K.Ş., B. No: 2016/14613, 17/7/2019) kararında da Anayasa Mahkemesi, başvurucunun işyerinin değiştirilmesine yönelik talebinin kabul edilmemiş olmasının, ki-

¹⁴⁷ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (e.t. 03.01.2024)

şinin maddi ve manevi varlığını koruma yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır.¹⁴⁸

Anayasa Mahkemesi, koruyucu ve önleyici tedbir kararları başlığı altında incelediğimiz Semra Özel Üner¹⁴⁹ (*Semra Özel Üner*, B. No: 2014/12009, 26/10/2016) ve C.K.¹⁵⁰ (*C.K.*, B. No: 2016/3114, 18/7/2019) başvurusunda ise özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine yönelik karar vermiştir.

II. ZORLAMA HAPSI

A. ZORLAMA HAPSİ KARARI

Hakkında önleyici tedbir kararı verilen şiddet uygulayanın, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amiri tarafından verilen önleyici tedbir kararına aykırı davranması durumunda, hakkında zorlama hapsi yaptırımını uygulanır (6284 s. Kanun m. 13).¹⁵¹ Tedbir kararının ihlal edilmesi durumunda, fiil başka bir suç oluştursa dahi, ihlal edilen tedbirin niteliği ve aykırılığın ağırlığı göz önünde bulundurularak, hakim tarafından şiddet uygulayan hakkında, üç günden on güne kadar zorlama hapsine hükmedilir. Tedbir kararının sonraki ihlallerinde, tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre on beş günden otuz güne kadar zorlama hapsine hükmedilir. Tedbir kararı süresince verilen zorlama hapsinin toplam süresi altı ayı geçmez.¹⁵²

Zorlama hapsinin amacı, kişiyi, kendine düşen yükümlülüğü yapmaya zorlamaktır.¹⁵³ Zorlama hapsi, suç işleyen fail hakkında hükmedilen bir hapis cezası veya Kabahatler Kanunu kapsamında uygulanan bir yaptırım değil, CMK'da yer alan disiplin hapsi veya güvenlik tedbirleri gibi kişinin ıslahına yönelik bir tedbir karardır.¹⁵⁴ Zorlama hpsinin, disiplin hapsine olan benzerliği nedeniyle, disiplin hapsi için ge-

¹⁴⁸ Bkz. "(1) İşyerinin Değiştirilmesi".

¹⁴⁹ Bkz. dipnot 64.

¹⁵⁰ Bkz. dipnot 104.

¹⁵¹ Tuna, a.g.e., 107; Günay, a.g.m., s. 681; Yağcıoğlu, a.g.m., s. 955.

¹⁵² Söylemez, s. 142; Tuna, a.g.e., s. 106; Günay, a.g.m., s. 681; Yağcıoğlu, a.g.m., s. 955.

¹⁵³ Günay, a.g.m., s. 681.

¹⁵⁴ Tuna, a.g.e., s. 106.

çerli olan ertelenememe, seçenek yaptırımlara çevrilememe, tekrerrü esas olmama, adli sicil kayıtlarına işlememe, şartlı tahliye hükümleri uygulanamama gibi hususlar zorlama hapsi için de geçerlidir.¹⁵⁵

Şiddet uygulayanın davranışının, hakkında verilen önleyici tedbir kararını ihlal teşkil etmesi için, öncelikle tedbir kararının şiddet uygulayana tebliğ edilip edilmediği belirlenmelidir. Tedbir kararının şiddet uygulayana tebliğ edilmemiş olması halinde, kişinin karardan haberi olmadığı kabul edileceğinden tedbirin ihlali nedeniyle zorlama hapsi kararı verilemez.¹⁵⁶

Ayrıca, şiddet uygulayanın davranışının tedbir kararını ihlal teşkil etmesi için, ihlal olarak değerlendirilebilecek bir davranışın bulunması gerekir. Bu kapsamda, şiddet uygulayanın, sosyal medyada isim vermeksizin yapmış olduğu paylaşımlar veya kamuya açık bir sokaktan geçmesi tedbirin ihlali olarak değerlendirilmez.¹⁵⁷

Şiddet uygulayanın davranışının ihlal teşkil etmesi için gereken bir diğer şart, olayın önleyici tedbir kararının verildiği süre içinde gerçekleşmesidir. Bu kapsamda, önleyici tedbir kararı sona erdikten sonra yapılan davranışlar, tedbir kararının ihlali olarak değerlendirilmez. Şiddet uygulayan hakkında zorlama hapsi verilebilmesi için, tedbir kararının ihlal edildiğinin ispatı gerekir.¹⁵⁸ Şiddet uygulayanın ikrarı, tanıklar, kamera kayıtları gibi deliller ihlalin tespitinde önem arz eder.¹⁵⁹

Şiddet uygulayanın, hakkında verilen önleyici tedbir kararına aykırı davranması durumunda, tedbirin ihlal edildiğinin öncelikle kolluk tarafından tespit edilmesi ve yetkili mercilere bildirmesi gerekir.¹⁶⁰ Şiddet mağdurunun ihbarı veya kolluğun tespit etmesi üzerine tedbir kararına aykırı davranan kişi hakkında, tutanak tutularak cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Cumhuriyet başsavcılığı, bu tutanağı ivedilikle Aile Mahkemesi'ne gönderir. Aile Mahkemesi tarafından, ted-

¹⁵⁵ Günay, a.g.m., s. 681.

¹⁵⁶ Suata, a.g.e., s. 85.

¹⁵⁷ Suata, a.g.e., s. 88.

¹⁵⁸ Bkz. "C. Zorlama Hapsi Kararı ile İlgili Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi", Anayasa Mahkemesi'nin, 16.11.2022 tarihli K.B.A. Başvurusu (B. No: 2019/12879).

¹⁵⁹ Suata, a.g.e., s. 88.

¹⁶⁰ Tuna, a.g.e., s. 107.

birin ihlal edildiğinin tespit edilmesi ile resen zorlama hapsine karar verilir. Zorlama hapsi kararı, duruşma yapılmaksızın verilir. Ancak hâkim gerek gördüğünde, ilgileri dinleyebilir.¹⁶¹ Zorlama hapsinin uygulanması şikâyete bağlı kılınmamıştır. Bu nedenle şiddet mağdurunun şikâyeti olmasa dahi, tedbir kararını ihlal eden fail hakkında zorlama hapsi uygulanacaktır. Ayrıca zorlama hapsine karar vermek hususunda hâkime de takdir yetkisi tanınmamıştır.¹⁶²

Tedbire aykırılık fiilinin mesai saatleri dışında gerçekleşmesi durumunda zorlama hapsinin uygulanıp uygulanmayacağı veya gözaltı kararının kimin tarafından verileceği kanunda düzenlenmemiştir. Bununla ilgili doktrindeki bir görüş, mesai saatleri dışında tedbiri ihlal ettiği için şiddet mağdurunun hayati tehlikesinin bulunmasına rağmen şiddet uygulayanın serbest bırakılmasının, 6284 sayılı Kanun'un şiddeti önleme ve şiddet mağdurunu koruma amacına aykırı olacağını, bu nedenle Aile Mahkemesi tarafından zorlama hapsi kararı verilinceye kadar şiddet mağdurunun, geçici koruma altına alınarak korunmasının sağlanması gerektiğini belirtmektedir.¹⁶³

Önleyici tedbir kararı tebliğ edilirken, tedbir kararına aykırılık halinde zorlama hapsine karar verileceğinin bildirilmesi gerekir. Kararın tebliği esnasında, zorlama hapsi yaptırımının uygulanacağına dair ihtarın yapılmamış olması halinde, karara aykırılık durumunda zorlama hapsine hükmedilip hükmedilemeyeceğine dair kanunda düzenleme bulunmamaktadır. Bununla ilgili doktrindeki bir görüş, zorlama hapsi ihtarının yapılmamış olması durumunda, kişi hakkında zorlama hapsi kararı verilemeyeceği yönündedir. Buna göre kanunda açıkça tedbire aykırılık halinde zorlama hapsinin uygulanacağını ihtar edilmesi gerektiği düzenlenmiş olduğundan, ihtarın yapılmaması halinde zorlama hpsisi kararının verilememesi gerekmektedir.¹⁶⁴

B. ZORLAMA HAPSİ KARARINA İTİRAZ

Zorlama hpsisi kararının tebliğ edilmesi ve bu karara başvurulacak karşı kanun yolu hususları, 6284 sayılı Kanun'da düzenlen-

¹⁶¹ Yağcıoğlu, a.g.m., s. 956.

¹⁶² Uğur, a.g.m., s. 356.

¹⁶³ Tuna, a.g.e., s. 108; Günay, a.g.m., s. 682; Yağcıoğlu, a.g.m., s. 956.

¹⁶⁴ Günay, a.g.m., s. 682; Yağcıoğlu, a.g.m., s. 956.

memiştir. Kanunda, karara karşı başvurulacak kanun yolunun düzenlenmemiş olması, insan haklarına ve uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil etmektedir. 6284 sayılı Kanun Uyg. Yön. 34. maddesinde yapılan düzenleme ile zorlama hapsine karşı itiraz yolu düzenlenmiş olsa dahi Danıştay 10. Dairesinin 27.04.2023 tarihli, 2020/1521 E. Ve 2023/2252 K. sayılı kararı ile iptal kararı verilmiştir. 6284 sayılı Kanun'da zorlama hapsi kararına karşı itiraz yolu düzenlenmediği gerekçesi ile yönetmeliğin 34/1. maddesinde yer alan *“tedbir kararlarına aykırılık dolayısıyla verilen zorlama hapsi kararlarına karşı, tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde ilgililer tarafından Aile Mahkemesine itiraz edilebilir”* ibaresi iptal edilmiştir. Bu iptal kararı ile çalışmamızın yapıldığı tarihte, hem 6284 sayılı Kanun'da hem de uygulama yönetmeliğinde zorlama hapsine karşı kanun yolu bulunmamaktadır. Bunun üzerine 6284 sayılı Kanun'da yer alan bu boşluk nedeniyle, zorlama hapsi kararlarına karşı itiraz yolu eksikliği, kişinin savunma hakkını kısıtlayan ve adil yargılanma hakkını ihlal eden bir durum yarattığından ötürü düzenleme yapma gereksinimi doğmuştur. Bu nedenle, 8. Yargı Paketi olarak da adlandırılan, “Yargı Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağı”nın 48. maddesi ile 6284 sayılı Kanun'un 9/2. maddesinde değişiklik yapılması öngörülmüştür. 6284 sayılı Kanun'un hâkim tarafından verilen tedbir kararlarına itiraz yolunu düzenleyen 9/2 maddesinde¹⁶⁵ yapılacak değişiklik ile hâkim tarafından verilen sadece tedbir kararlarına değil, bütün kararlara itiraz yolu düzenlenmektedir. Kanunda yer alan *“tedbir kararlarına”* ibaresi yürürlükten kaldırılarak *“kararlara yapılan”* ibaresinin eklenmesiyle, 6284 sayılı Kanun kapsamında hâkimin verdiği bütün kararlara itiraz yolu düzenleneceğinden, hâkim tarafından verilen zorlama hapsi kararlarına karşı da itiraz yolu açılacaktır. Yapılacak düzenleme ile, hâkim tarafından verilen zorlama hapsi kararı dahil olmak üzere, bütün kararlara karşı tebliğ veya tefhim

¹⁶⁵ “(2) Hâkim tarafından verilen tedbir kararlarına itiraz üzerine dosya, o yerde Aile Mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde Aile Mahkemesinin tek dairesi bulunması halinde asliye hukuk mahkemesine, Aile Mahkemesi hâkimi ile asliye hukuk mahkemesi hakiminin aynı hâkim olması halinde ise en yakın asliye hukuk mahkemesine gecikmeksizin gönderilir.”

tarihinden itibaren iki hafta içinde Aile Mahkemesi'ne itiraz edilebileceği hususu açıklığa kavuşturulacaktır.¹⁶⁶

C. ZORLAMA HAPSİ KARARI İLE İLGİLİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı Bakımından

Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, devletin kişilerin özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmemesini güvence altına alan bir haktır. Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu düzenlenmiş ve hakkın ancak Anayasa'da düzenlenen durumlardan birinin varlığı halinde kısıtlanabileceği belirtilmiştir.¹⁶⁷

¹⁶⁶ "8. Yargı Paketi Taslağında Ceza, Ceza Muhakemesi, Ceza İnfazı Hukukunda Öngörülen Değişiklikler", <https://sen.av.tr/tr/makale/8.-yargi-paketi-taslaginda-ceza-ceza-muhakemesi-ceza-infazi-hukukunda-ongorulen-degisiklikler> (e.t. 10.01.2024)

¹⁶⁷ "Madde 19 - Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.

Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra

Anayasa Mahkemesi, 20.05.2021 tarihli Mustafa Karaca başvurusunda, zorlama hapsi nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edilmediğine dair karar vermiştir. Karara konu olayda, müştekinin başvurusunun, kendisine yönelik şantaj, cinsel taciz, hakaret ve tehdit içerikli mesajlar, fotoğraf ve videolar gönderdiğine dair iddiasıyla suç duyurusunda bulunması üzerine, mahkeme başvuru hakkında 6284 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca altı ay süreyle geçici tedbir kararı verilmesine hükmetmiştir. Başvurusunun tedbir kararına aykırı davranması üzerine müştekinin talebi ile mahkeme, 6284 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca başvuru hakkında yedi gün zorlama hapsine hükmetmiştir. Başvuru, Aile Mahkemesince verilen zorlama kararı nedeniyle, kişi hürriyeti ve güvenliğinin ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ancak, Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen durumlardan birinin varlığı durumunda kısıtlanabileceğini ve bu durumlardan birinin de bir mahkeme kararının veya kanunda düzenlenen bir yükümlülüğünün gereği olduğunu belirtmiştir. Buna göre kişinin bir mahkeme kararının gereği olarak tutulması için, mahkeme kararından ve mahkeme kararının gereklerini yerine getirmemenin sonuçlarından usulüne uygun bir şekilde haberdar edilmesi gerekir. Mahkeme tarafından verilen tedbir kararında, kişinin karara uymaması halinde zorlama hapsine karar verileceğine dair ihtar yer verilmesi ve bunun kişiye tebliğ edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi zorlama hapsinin, mahkeme tarafından verilen tedbir kararına uyma yükümlülüğünün yerine getirilmesini zorlayan ve yükümlülü-

hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal (...) [14] ve savaş hallerinde uzatılabilir.

Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir."

ğün ihlal edilmesi nedeniyle öngörülen bir disiplin hapsi olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda zorlama hapsinin, şiddet uygulayanı tedbir kararlarına uymaya zorlayarak, şiddet mağdurunun etkin bir şekilde korunmasını amaçlayan bir yaptırım olduğunu belirtmiştir. Ayrıca zorlama hapsinin ölçülü olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini, bu kapsamda mahkemece verilen kararın meşru amacı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı arasında makul bir denge kurulması gerektiği belirtilmiştir. Başvurucunun, mahkeme tarafından mağdur kadını korumak amacıyla verilen tedbir kararlarına uymaması ve mahkeme kararının yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla tutulduğunu ve bu nedenle başvurucunun tutulmasının meşru amacı bulunduğu için kişi hürriyeti ve güvenliğinin ihlal edilmediği kararını vermiştir. (*Mustafa Karaca*, B. No: 2020/15967, 20.05.2021)¹⁶⁸

Anayasa Mahkemesi benzer şekilde, 12.01.2023 tarihli Hasan Arslan başvurusunda da zorlama hapsinin kanuni dayanağı ve meşru amacı bulunduğu için kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edilmediğine dair karar vermiştir. (*Hasan Arslan*, B. No: 2020/38449, 12.01.2023)¹⁶⁹

Zorlama hapsi, kişinin hürriyetini kısıtlayıcı nitelikte bir karardır. Kişi hak ve özgürlüklerine önemli derecede müdahalede bulunan bir karar olması sebebiyle, bu kararın dayandığı hukuki gerekçeler önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi, tedbir kararı verilirken, tedbir kararına aykırılık halinde zorlama hapsi yaptırımının uygulanacağını belirtilmesi gerektiğini ve bunun kişiye tebliğ edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca somut olayın özellikleri değerlendirilerek kararın meşru amacı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı arasında makul bir denge kurularak zorlama hapsi kararının ölçülü olarak verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Zorlama hapsi kararının verilmesinde derece mahkemelerinin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu ve açık bir keyfiyet veya bariz bir takdir hatası bulunmadığı sürece derece mahkemelerinin, olayları değerlendirmede Anayasa Mahkemesinden daha iyi bir konumda olduğunu ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu şartları taşıyan iki başvurunun da ihlal teşkil etmediğine dair karar vermiştir.

¹⁶⁸ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (e.t. 03.01.2024)

¹⁶⁹ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (e.t. 03.01.2024)

2. Maddi ve Manevi Varlığın Koruması Hakkı Bakımından

Anayasa Mahkemesi, 16.11.2022 tarihli K.B.A. başvurusunda zorlama hapsinin uygulanmaması nedeniyle maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edilmediği kararını vermiştir. Karara konu olayda başvurucunun, apartman yöneticisinin tehdit ve hakaretlerine maruz kalması nedeniyle şikâyetinde bulunması ile S.D. hakkında bir ay süre ile tedbir kararı verilmiştir. Başvurucunun, S.D.'nin tedbir kararını ihlal etmesi nedeniyle zorlama hapsi verilmesine dair talebi mahkeme tarafından, tedbirin ihlal edildiğine dair somut delil bulunmaması ve tedbire muhalefet iddiasının kanıtlanmaması gerekçeleriyle reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında, mahkemenin somut olayın özelliklerini dikkate alarak gerekli inceleme ve değerlendirmeyi yaptığını ve zorlama hapsi kararı verilmemesinin gerekçelerini ortaya koyduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, zorlama hapsi verilmesi hususunda, derece mahkemelerinin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu ve olayları değerlendirme konusunda Anayasa Mahkemesi'ne göre daha iyi bir konumda olduğunu belirterek derece mahkemelerinin zorlama hapsi talebini reddetmelerine dair tespit ve değerlendirmelerinde bariz bir hata veya keyfiyet oluşturan bir hususun bulunmaması gerekçeleriyle maddi ve manevi hakkın korunması hakkı kapsamında devletin, pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğinden söz edilemeyeceği kararını vermiştir. (K.B.A., B. No: 2019/12879, 16.11.2022)¹⁷⁰

Anayasa Mahkemesi, bu karar ile tedbirin ihlal edildiğine dair somut delil bulunmadığı için zorlama hapsi verilmesine dair talebi reddeden derece mahkemesinin vermiş olduğu kararda, derece mahkemesinin takdir yetkisinde olduğunu belirterek ihlal kararı vermemekle, zorlama hapsi verilirken önleyici tedbir kararının ihlal edildiğine dair somut deliller bulunması gerektiğini onaylamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 19.02.2019 tarihli Ö.T. başvurusunda ise, zorlama hapsi uygulanmasına dair talebin reddedilmesi nedeniyle kişinin, maddi ve manevi hakkının korunması hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Karara konu olayda, başvurucu boşanma aşamasındaki eşinden şiddet gördüğü iddiasıyla 6284 sayılı Kanun uyarınca

¹⁷⁰ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (e.t. 03.01.2024)

tedbir kararı başvurusunda bulunmuş ve eşi hakkında beş ay süreyle tedbir kararına hükmedilmiştir. Başvurucu, eşinin tedbir kararına rağmen kendini darp ettiğini iddia ederek zorlama hapsi kararı verilmesine yönelik şikâyette bulunmuş ancak mahkeme söz konusu kararın tedbir kararı süresi dışında gerçekleştiğini belirterek zorlama hapsi talebini reddetmiştir. Başvurucunun bu karara, darp olayının tedbir kararı sona ermeden önce gerçekleştiğine yönelik itirazına rağmen itiraz merci, başvurucunun itirazını reddetmiştir. Başvurucu, koruma kararı süresi içinde tedbir kararının ihlal edilmesine rağmen, derece mahkemelerinin yanlış değerlendirmeleri neticesinde zorlama hapsi talebinin reddedildiğini belirterek, can güvenliğinin korunması hususunda kamu makamlarının gerekli hassasiyeti göstermediğini ifade ederek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda, devletin, 6284 sayılı Kanun kapsamında ailenin ve şiddete maruz kalan veya maruz kalma tehlikesi bulunan kişileri korunmasına yönelik usul ve esasları düzenleyerek, koruma yükümlülüğü çerçevesinde gerekli yasal alt yapıyı oluşturduğunu belirtmiştir. Mevcut mevzuatın somut olayda uygulanmasına dair yapılan değerlendirmede ise, derece mahkemesinin, koruma kararının sona erdiği tarihten sonra fiilin işlendiğini belirtmesine karşın hangi fiilin esas alındığına dair hiçbir açıklama veya bilgi bulunmaması, darp olayına ilişkin hiçbir değerlendirme ve gerekçe ortaya konmaması nedenleriyle derece mahkemesinin gerekçelerinin, başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması hakkı bakımından ilgili ve yeterli olmaması nedeniyle devlete ait pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmediği ve maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiğine yönelik karar vermiştir. (Ö.T., B. No: 2015/16029, 19.02.2019)¹⁷¹

Anayasa Mahkemesi, zorlama hapsi kararı verilirken veya zorlama hapsi talebi reddedilirken, gerekli inceleme ve değerlendirilmelerin yapılarak gerekçelerin ortaya konması gerektiğini belirtmektedir. Bu kapsamda yapılan iki başvurudan 16.11.2022 tarihli K.B.A. başvurusunda, gerekçelendirilmenin yapılması nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edilmediği, 19.02.2019 tarihli Ö.T. başvurusunda ise gerekçelerin ilgili ve yeterli olmaması nedeniyle

¹⁷¹ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (e.t. 03.01.2024)

maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiği kararını vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, 09.11.2017 tarihli Eylem Çetin Demir başvurusunda, Anayasada düzenlenen devlete ait koruma yükümlülüğünün, kamu makamlarına, mevcut risk karşısında pratik ve makul tedbirler alma ödevi yüklediğini belirtmiştir. Başvuruya konu olayda, kamu makamlarının gerekli tedbirleri aldıklarını belirterek devletin koruma yükümlülüğüne yönelik bir ihlal olmaması sebebiyle başvurunun kabul edilemez olduğu kararını vermiştir. (*Eylem Çetin Demir*, B. No: 2014/2302, 09.11.2017)¹⁷²

3. Gerekçeli Karar Hakkı Bakımından

Anayasa Mahkemesi, 04.04.2019 tarihli Erdal Türkmen başvurusunda, 6284 sayılı Kanun uyarınca verilen zorlama hapsi kararına yapılan itirazda, esaslı iddialar cevaplandırılmadığı için adil yargılama hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği kararını vermiştir. Karara konu olayda başvuru hakkında, mağdur kadın S.E.'nin şikâyeti üzerine 6284 sayılı Kanun kapsamında tedbir kararına hükmedilmiştir. Başvurucunun tedbir kararına uymaması nedeniyle S.E.'nin talebi üzerine, başvuru hakkında üç gün zorlama hapsi kararı verilmiştir. Başvurucunun zorlama hapsi kararına itirazı üzerine mahkemece, tedbir kararının ihlal edildiğine dair kesin delil bulunmadığı için zorlama hapsi kararı kaldırılmıştır. S.E.'nin başvuru tekrar tedbir kararını ihlal ettiğine dair şikâyette bulunması üzerine mahkemece başvuru hakkında üç gün zorlama hapsi kararı verilmiştir. Başvurucunun olay saatinde iddia edilen yerde olmadığı, delillerin yetersiz toplandığı, tek taraflı ve iftira niteliğinde iddialar olduğuna dair itirazı reddedilmiş ve zorlama hapsi kararı onaylanarak infaz edilmiştir. Başvurucu, zorlama hapsi kararına yaptığı itirazda belirttiği beyan ve delillerin dikkate alınmadığını, mahkemenin bu hususla ilgili değerlendirme yapmadığını, tanıkların dinlenmediğini, kamera kayıtlarının incelenmediğini, somut delillere rağmen olayda inceleme yapılmaksızın karşı tarafın iftira niteliğindeki beyanları üzerine zorlama hapsi kararı verildiğini belirterek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

¹⁷² <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (e.t. 03.01.2024)

Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmede, lehine tedbir kararı verilen mağdurun tek taraflı beyanı ile zorlama hapsi kararının verildiği durumlarda, lehine zorlama hapsi kararı verilen kişinin karara itiraz ederek mahkemeye sunduğu beyan ve delillerin, dikkate alınarak incelendiğinin verilen kararda gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Zorlama hapsinin, hürriyeti kısıtlayan bir yaptırım olması ve sonraki aşamalarda yapılan muhtemel ceza yargılamasında da verilen karara etki edebilmesi nedeniyle itiraz merciinin, başvuruçunun itirazında belirttiği iddiaları titizlikle incelemesinin önemi daha da artırmaktadır. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda, başvuruçunun itirazında ileri sürdüğü deliller ve itirazlar ile dinlenmesini talep ettiği tanıklar hakkındaki hususlara itiraz merciinin kararında değinilmediği, delillerin dikkate alınmaması ve tanıkların dinlenmemesi ile ilgili mahkeme kararında yeterli bir gerekçeye yer verilmediği, zorlama hapsine dayanak oluşturan olayın gerçekliğinin, başvuruçunun sunduğu delil ve beyanların etkili bir biçimde incelendiğini gösterecek şekilde tartışılmadığı gerekçelerinden dolayı gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. (*Erdal Türkmən*, B. No: 2016/2100, 04.04.2019)¹⁷³

Anayasa Mahkemesi, 23.11.2022 tarihli R.K. (B. No: 2019/32069) başvurusunda, 29.03. 2023 tarihli Gökhan Sarkurt (B. No: 2021/21332) başvurusunda ve 12.01.2023 tarihli Hasan Arslan (B. No: 2020/38449) başvurusunda da gerekçeli karar hakkı gereğince, itiraz merciinin beyan ve delilleri etkili bir biçimde incelemesi gerektiğini ve söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği kararını vermiştir.¹⁷⁴

Zorlama hapsinin kişi hürriyetini kısıtlayan bir yaptırım olması ve sonrasındaki ceza yargılamasında da verilen karara etki etmesi nedeniyle, Anayasa Mahkemesi, zorlama hapsine yapılan itirazda itiraz edenin sunduğu delil ve belgelerin titizlikle incelenmesi ve verilen kararda gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu nedenle yapılmış olan dört başvuruda da adil yargılanma hakkı bakımından gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği kararını vermiştir.

¹⁷³ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (e.t. 03.01.2024)

¹⁷⁴ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (e.t. 03.01.2024)

SONUÇ

Kadına yönelik şiddetin önlenmesi ve şiddet mağdurunun korunması amacıyla hukukumuzda yapılan en önemli düzenleme 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanundur. 6284 sayılı Kanun ile kanun kapsamında koruma altında olan kişilere yönelik şiddetin önlenmesi ve şiddet mağdurlarının korunması için alınacak koruyucu ve önleyici tedbirler düzenlenmiştir. Şiddet mağdurunu şiddetten korumayı amaçlayan koruyucu tedbir kararları hâkim, mülki amir ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amiri tarafından verilebilirken şiddet uygulayan kişinin şiddet teşkil eden eylemlerini önlemeyi amaçlayan önleyici tedbir kararları hâkim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amiri tarafından verilebilir.

Koruyucu ve önleyici tedbir kararları, şiddetle mücadele etmede ve şiddet mağdurunu korumada en önemli rolü üstlenmektedir. Anayasa Mahkemesi, birçok kararında devletin koruma yükümlülüğü çerçevesinde şiddet mağdurunu korumak ve şiddeti önlemek amacıyla gerekli düzenlemelerin yapılıp yapılmadığı hususunu değerlendirmiş ve gerekli hukuki altyapının oluşturulduğu ve hukuk sisteminin yeterli olduğu sonucuna varmıştır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, 6284 sayılı Kanun ile şiddeti önlemek ve şiddet mağdurunu korumak için gereken düzenlemelerin yapıldığını belirtmektedir.

Bu durumda, şiddet ile mücadele etmek için 6284 sayılı Kanun'un doğru ve etkili bir biçimde uygulanması en önemli sorunlardan biridir. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda yapılan hukuki düzenlemelerin yeterli olduğunu belirttiği için, 6284 sayılı Kanun'un etkin bir biçimde uygulanması, şiddet mağdurlarının korunmasına ve şiddet olaylarının önemli derecede azalmasına büyük katkı sağlayacaktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar, 6284 sayılı Kanun'un doğru, ivedi ve etkin bir biçimde uygulanması için yol gösterici olduğundan büyük önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi, çalışmamız kapsamında incelemiş olduğumuz kırk sekiz adet başvurunun otuz dokuz tanesinde ihlal kararı, dokuz tanesinde ise ihlal olmadığına dair karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu kararlarda yaptığı değerlendirmeler, 6284 sayılı Kanun'un etkin bir biçimde uygulanması için yol gösterici olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne, koruyucu ve önleyici tedbir kararlarına ilişkin yapılan kırk sekiz başvurunun otuz üç tanesi gerekçeli karar hakkının ihlaline ilişkindir. Bu başvuruların otuz bir tanesinde ihlal kararı verilirken, iki tanesinde ihlalin olmadığına dair karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmelerde, koruyucu tedbir kararı verilirken delil ve belge aranmayacağı kanunda düzenlendiğinden gerekçe bulunmasına gerek olmasa dahi, önleyici tedbir kararı verilirken şiddete maruz kalındığına veya şiddete maruz kalma tehlikesinin bulunduğuna dair olguların bulunması gerektiğini belirtmektedir. Bu kapsamda derece mahkemelerinin, önleyici tedbir kararı verirken aciliyet unsuru bulunduğundan dolayı, şiddetin varlığına dair kanaatin nasıl oluştuğuna yönelik açıklama yapılmasına dair daha esnek bir yaklaşım benimsemesi kabul edilirken, bu karara yapılan itirazı inceleyen itiraz mercinin, aciliyet unsuru ortadan kalktığı için, tedbir kararının yerindeliliğinin beyan ve deliller ışığında hak ve menfaat dengesi gözeterek değerlendirmesi gerektiğini belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi, yaşan hakkına yönelik yapılan iki başvurudan bir tanesinde ihlal kararı verirken diğerinde ihlal olmadığına yönelik karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, yaşam hakkına yönelik yapmış olduğu değerlendirmelerde, kamu makamlarının şiddet mağduruna yönelik gerçek ve yakın bir risk bulunduğundan haberdar olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini, kamu makamlarının söz konusu riskten haberdar olması halinde ise şiddetin önlenmesine dair gerekli adımlar atılması gerektiğini belirtmektedir. Şiddet mağdurunun hayatına yönelik gerçek ve yakın bir riskin mevcut olduğunu bilen kamu makamlarının, mağdurun korunmasına yönelik elverişli tedbirleri almak ve bu tedbirleri etkili bir biçimde uygulama yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi, maddi ve manevi varlığın korunması hakkına yönelik yapılan iki başvuruda da ihlal kararı vermiştir. Bu başvurulardan K.Ş. kararında (K.Ş., B. No: 2016/14613, 17/7/2019), başvuru- cunun işyerinin değiştirilmesine dair talebinin kabul edilmemiş olması nedeniyle, A.Z.Ö. (A.Z.Ö., B. No: 2014/546, 19/12/2017) kararında ise verilen tedbir kararının ivedi bir biçimde yerine getirilmemesi nedeniyle ihlal kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesi, özel ve aile hayatına saygı hakkına yönelik yapılan iki başvuruda ise ihlal olmadığına yönelik karar vermiştir.

Zorlama hapsi, hakkında önleyici tedbir kararı verilen şiddet uygulayanın, tedbir kararına aykırı davranması nedeniyle hâkim tarafından ilk ihlalde tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre üç günden on güne kadar, diğer ihlallerde on beş günden otuz güne kadar zorlama hapsine hükmedilmesidir. Anayasa Mahkemesi, zorlama hapsi kararına yönelik yapılan dokuz başvurudan beş tanesinde ihlal kararı verirken dört tanesinde ihlal olmadığı kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, zorlama hapsi kararına ilişkin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik yapılan iki başvuruda da ihlal olmadığı kararını vermiştir. Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmede, tedbir kararı verilirken, tedbir kararına aykırılık halinde zorlama hapsi yaptırımının uygulanacağı belirtilmesi gerektiğini ve bunun kişiye tebliğ edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca somut olayın özellikleri değerlendirilerek kararın meşru amacı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı arasında makul bir denge kurularak zorlama hapsi kararının ölçülü olarak verilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi, zorlama hapsi kararına ilişkin maddi ve manevi varlığın korunması hakkına yönelik yapılan iki başvurudan birinde ihlal kararı verirken diğerinde ihlal olmadığı kararını vermiştir. Bununla ilgili yapılan değerlendirmede, zorlama hapsi kararı verilirken veya zorlama hapsi talebi reddedilirken, gerekli inceleme ve değerlendirilmelerin yapılarak gerekçelerin ortaya konması gerektiği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, zorlama hapsine ilişkin gerekçeli karar hakkına yönelik yapılan dört başvuruda adil yargılanma hakkı bakımından gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği kararını vermiştir. Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmelerde, zorlama hapsine yapılan itirazda itiraz edenin sunduğu delil ve belgelerin titizlikle incelenmesi ve verilen kararda gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Derece mahkemelerinin verdiği kararları değerlendirme merci olan Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar, 6284 sayılı Kanun'un uygulanması ve şiddetle mücadele edilmesi konusunda mahkemelere yol gösterici niteliktedir. Çalışmamızda 6284 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi kararları ışığında değerlendirme konusu yapılarak, konu farklı bir açıdan inceleme konusu yapılmıştır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararlar ve yaptığı değerlendirmeler,

kanunun sistematığına uygun bir biçimde konuyla sentezlenerek inceleme konusu yapılarak, 6284 sayılı Kanun'un etkin bir biçimde uygulanması ve şiddetin önlenmesine yönelik çalışmamızın doktrininde ve uygulamada yol gösterici olması amaçlanmıştır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, 2013.
- Karınca Eray, Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2021.
- Sancakdar Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayınları, 2013.
- Suata İlay Zeynep, Uygulamadan Örneklerle 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Yetkin Yayınları, 2022.
- Tuna Oğuzhan, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanununun Kapsamı ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Seçkin Yayınları, 2021.

Makaleler

- Aksakal Hülya/Atasayar Mehmet, "Aile İçi Kadına Yönelik Şiddetin Biyo-Psiko-Sosyal Sonuçları Üzerine Bir Çalışma", *Akademik Bakış Dergisi*, C. 26, Y. 2011, ss. 1-12.
- Bekri Nedim, "Gerekeçli Karar Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2014, S. 3, ss. 203-228.
- Budak Canan, "Anayasa Mahkemesi'nin S.E. Kararı Işığında Kadına Yönelik Şiddeti ve Kadın Cinayetlerini Önlemede İdarenin Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi*, C. 6, S. 1, Y. 2022, ss. 140-166.
- Canikoğlu Seher Kırbas, "Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ve Uluslararası Mevzuat (İstanbul Sözleşmesi ve 6284 sayılı Kanun)", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, Y. 2015, ss. 355-378.
- Ceylan Ebru, "Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 109, Y. 2013, ss. 13-54.
- Çelt Damla Özden, "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kolluğun Görev ve Yetkileri", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, S. 1-2, Y. 2019, ss. 109-138.
- Çiftçioğlu Cengiz Topel, "Yaşama Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 103, Y. 2012, ss. 137-168.
- Demirbaş Feride, "Aile Konutu Şerhinin İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Aynı Hak Kazanımlarına Etkisi ve Konuya İlişkin Yargıtay Uygulaması", *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C. 4, S. 12, Y. 2017, ss. 420-427.
- Düğmeci Fatih/Gürsel Esin, "Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetin Önlenmesi Hususunda Devletin Yükümlülükleri ve Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 2, Y. 2019, ss. 843-873.

- Düzgün Ülgen Aslan, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Amacıyla Hâkim ve Kolluk Amiri Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbir Kararları [Elektronik Sürüm]", *Polis Akademisi Yayınları*, Y. 2018, ss. 23-43.
- Ergün Ömer, "İstanbul Sözleşmesi ve Genel Olarak Değerlendirilmesi", *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, C. 5, S. 2, Y. 2021, ss. 152-214.
- Gökalp Özge Tuçe, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunda Kadın ve Şiddet" [Yayımlanmamış doktora tezi], *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Y. 2014.
- Gümüş Ali Tarık, "Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma Ve Geliştirme Hakkı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 2, ss. 133-172.
- Günay Mehmet, "6284 sayılı Kanun'a Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 3, S. 10, Y. 2012, ss. 647-686.
- İbicioğlu Gözde/Durutürk Bilge, "Bireysel Başvurularda Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Kararlarının İncelenmesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 80, S. 3, ss. 753-783.
- Karaçam Sinem Servet, "AİHM ve AYM Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Gerekçeli Karar Hakkı", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, Y. 2022, ss. 107-133.
- Kaya Kızılırmak Cansu, "İstanbul Sözleşmesi'nin Genel İlkeleri Işığında 6284 sayılı Kanun'un 4. Maddesi Uyarınca Hâkim Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbirler", *Public and Private International Law Bulletin*, C. 40, S. 2, Y. 2020, ss. 625-655.
- Moroğlu Nazan, "Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 99, 2012, ss.357-380.
- Müftüoğlu Volkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Kapsamında Son Dönemde Alınan Tedbirler", *İnsan Hakları Dergisi*, S. 11, Y. 2023, ss. 21-29.
- Öner Şebnem Nebioğlu, "Aile Konutu'nun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 97, Y. 2011, ss. 117-154.
- Özkan Gizem, "Kadına Yönelik Şiddet- Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, Y. 2017, ss. 533-564.
- Öztürk Necla, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Daire Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, Y. 2017, ss. 1-32.
- Öktem Songu Sezgi/Şahin Emir Asiye, "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Çalışma İlişkilerine Etkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, Y. 2020, ss. 1157-1178.
- Sönmez Esma Yağmur, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi", *İstanbul Üniversitesi Kadın Araştırmaları Dergisi- Istanbul University Journal of Women's Studies*, S. 20, Y. 2020, ss. 1-17.

- Söylemez Sefanur Didar, "Aile İçi Şiddet, Kadına Yönelik Şiddet ve 6284 sayılı Kanun Kapsamında Koruyucu ve Önleyici Tedbirler", *Bayburt Üniversitesi Adalet Dergisi*, C. 1, S. 1, Y. 2022, ss. 91-151.
- Tanrıkulu Sezgin, "İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 66, Y. 2006, ss. 51-94.
- Uğur Hüsamettin, "Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 sayılı Kanun'un Getirdikleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 101, Y. 2012, ss. 333-366.
- Yağcıoğlu Ali Haydar, "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan*, S. 19, Y. 2017, ss. 913-966.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- A.B., B. No: 2018/2626, 14.10.2020
- A.Z.Ö., B. No: 2014/546, 19/12/2017
- Abdulkadir Ercan, B. No: 2019/34891, 17.11. 2022
- Ahmet Ertan Çınar, B. No: 2018/32978, 07.09.2021
- Azım Çiğil, B. No: 2017/39439, 10.03.2020
- C.K., B. No: 2016/3114, 18/7/2019
- Coşkun Ülker, B. No: 2020/20774, 17.11. 2022
- Emre Kaya, B. No: 2018/743, 10.02.2021
- Ender Altıok, B. No: 2020/31481, 17.11. 2022
- Ercan Ayan, B. No: 2020/39031, 17.11. 2022
- Ercan Şahin ve diğerleri, B. No: 2018/8030, 22.02.2022
- Erdal Türkmen, B. No: 2016/2100, 04.04.2019
- Eylem Çetin Demir, B. No: 2014/2302, 09.11.2017
- Faruk Demirci, B. No: 2020/14016, 17.11. 2022
- Fatma Güneş, B. No: 2016/8300, 3/6/2020
- Gökhan Sarkurt, B. No: 2021/21332, 29.03. 2023
- Göknur Güler Öztürk, B. No: 2021/25211, 17.11. 2022
- Gülbahar Yeni, B. No: 2019/17533, 19.01.2022
- Hasan Arslan, B. No: 2020/38449, 12.01.2023
- Hasan Arslan, B. No: 2020/38449, 12.01.2023
- Haydar Demir, B. No: 2021/36828, 17.11. 2022
- K.B.A., B. No: 2019/12879, 16.11.2022
- K.Ş., B. No: 2016/14613, 17/7/2019
- Kutsal Turhan Yılmazok, B. No: 2019/12390, 17.11. 2022
- Levent İyikesici, B. No: 2021/40013, 17.11.2022
- M.M.Ç., B. No: 2014/12971, 01.02.2017
- M.Ş.N., B. No: 2018/3789, 07.04.2021

Medet Anık, B. No: 2021/34290, 17.11. 2022
Mehmet Bayrakçı, B. No: 2021/5079, 17.11. 2022
Mehmet İven, B. No: 2021/8067, 17.11. 2022
Murat Demircan, B. No: 2019/37343, 22/9/2022
Mustafa Atak, B. No: 2018/27304, 24.02.2021
Mustafa Karaca, B. No: 2020/15967, 20.05.2021
Mustafa Kuzu, B. No: 2019/22732, 17.11. 2022
Mutlu Işık, B. No: 2021/43218, 21.12.2022
Orhan Bülent Falay, B. No: 2020/31850, 17.11. 2022
Orhan Demir, B. No: 2021/17030, 17.11. 2022
Ö.T., B. No: 2015/16029, 19.02.2019
Özgül Güzel Biltekin, B. No: 2020/14819, 17.11. 2022
R.K., B. No: 2019/32069, 23.11.2022
Recep Kaya, B. No: 2019/42029, 17.11. 2022
Salih Söylemezoğlu, B. No: 2013/3758, 6/1/2016
Semra Özel Üner, B. No: 2014/12009, 26/10/2016
T.A. [GK], B. No: 2017/32972, 29/9/2021
T.K., B. No: 2017/27041, 11.12.2019
Toruntay Emre Uluer, B. No: 2020/34011, 17.11. 2022
Tuba Eler, B. No: 2019/1924, 17.11.2022
Yılmaz Çetin, B. No: 2020/17168, 29.3.2023

Elektronik Kaynaklar

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği, <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=17030&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeli&mevzuatTertip=5>

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6284&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

8. Yargı Paketi Taslağında Ceza, Ceza Muhakemesi, Ceza İnfazı Hukukunda Öngörülen Değişiklikler, <https://sen.av.tr/tr/makale/8-yargi-paketi-taslaginda-ceza-ceza-muhakemesi-ceza-infazi-hukukunda-ongorulen-degisiklikler>

Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

<https://www.aile.gov.tr/ksgm/haberler/aile-ve-sosyal-hizmetler-bakanligi-kadinkonukevlerini-yayginlastiriyor/>

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ve İhtiyari Protokolü Parlamenterler için El Kitabı No. 36, IPU-HandbookonCEDAW_INSIDE_TR.pdf

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN İNFAZI HAKKINDA KANUN'A GETİRİLEN GEÇİCİ MADDE 10 HÜKMÜ ÜZERİNE BİR İNCELEME

A REVIEW ON THE PROVISIONAL ARTICLE 10 ENTERED INTO THE LAW ON THE EXECUTION OF SENTENCES AND SECURITY MEASURES

Osman Gazi ÜNAL*

Özet: Covid-19 salgın hastalığı dolayısıyla ceza infaz kurumunda kalan hükümlülerin daha erken salıverilmelerine ilişkin 7242 sayılı Kanun'la çeşitli hükümler getirilmiştir. Bu kapsamda bir kısım hükümlüler izinli sayılmıştır. Bu düzenlemeler uyarınca ceza infaz kurumlarından izinli ayrılan hükümlülerin, salgın hastalığın etkisini önemli derecede yitirmesiyle, geri dönme sorunu baş göstermiştir. Bu bakımdan 14.07.2023 tarihli 7456 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a Geçici Madde 10 hükmü eklenmiştir. Madde hükmü esas itibarıyla izinden dönen hükümlülerin durumunu düzenlemekle birlikte bu konuyla sınırlı değildir. Madde hükmü içerisinde açık ceza infaz kurumuna ayrılma, denetimli serbestlik tedbiri hapis cezasının infazının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve mükerrirler hakkında uygulanan infaz rejimi konuları da yer almaktadır. Bu çalışmada ayrıca Geçici Madde 10 hükmünün hukuki niteliğinin ne olduğu noktasında infaz hukuku sistemi içerisinde bir değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Covid-19 Pandemisi, Geçici Madde 10, Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak Cezanın İnfazı, Özel Af, Açık Ceza İnfaz Kurumuna Ayrılma

Abstract: Due to the Covid-19 pandemic, The Law No. 7242 has introduced various provisions regarding the early release of convicts who remain in penal institutions. Some of the convicts within this scope are considered to be on leave. In accordance with these regulations the issue has arisen regarding the return of convicts who were granted leave from penal institutions, as the pandemic lost its effect significantly. In this regard, with Article 15 of Law No.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, osman.unal@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3101-0645, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.01.2024, Kabul Tarihi: 25.03.2024

7456 dated 14.07.2023, the provision of Provisional Article 10 has been added to the Law on the Execution of Penalties and Security Measures. While the provision of article essentially regulates the situation of convicts who return from their leave, it is not limited to this subject. The provisions of the article also include subjects such as relocation to open penal institutes, postponement of execution, probation measure, conditional release and the execution regime for recidivists. In this study, an evaluation has also been made within the execution law system on the legal character of provisional article 10.

Keywords: Covid-19 Pandemic, Provisional Article 10, Execution of Sentence of Imprisonment by Application of Probation Measures, Special Amnesty, Relocation to the Open Penal Institutes

GİRİŞ

Covid-19 salgın hastalığı yakın temas nedeniyle hızlı bir şekilde yayılmakta ve ölümcül sonuçlara neden olmaktadır. İşlenen fiil nedeniyle özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişiler, bu hastalığa yakalanma tehlikesiyle karşı karşıya kalmıştır. Hastalığın ceza infaz kurumlarında kalan hükümlüler arasında yayılımını engellemek amacıyla hükümlülerin mevcut düzenlemelere göre belirlenen tahliye tarihinden daha erken salıverilmelerine dair düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Bu sayede hükümlüler, izinli sayılarak ceza infaz kurumundan daha erken salıverilmiştir. Hastalığın yayılma etkisinin ortadan kalkmasıyla izinli sayılan hükümlülerin ceza infaz kurumuna dönmeye meselesi ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda 14.07.2023 tarihli 7456 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a (CGTİHK) Geçici Madde 10 hükmü getirilmiştir. Madde hükmü, öncelikle Covid-19 salgın hastalığıyla ilgili izne ayrılan hükümlülerin ceza infaz kurumlarına dönüşünü esas alan düzenlemeler içermektedir. Ancak madde hükmü sadece bu konuyu düzenlememektedir. Bu konuya ek olarak açık ceza infaz kurumuna ayrılma, denetimli serbestlik, hapis cezasının infazının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve mükerrirler hakkında uygulanan infaz rejimi ile ilgili olarak önemli hususlar Geçici Madde 10 ile hüküm altına alınmıştır. Geçici Madde 10 hükmünün uygulanışının akademik düzeyde ve ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Özellikle infaz hukukuna ilişkin hâkim olan temel ilkeler ışığında madde hükmünde rastlanan bazı belirsiz hususların açıklığa kavuşturulmasında fayda görülmektedir. Konunun daha iyi anlaşılması için infaz hukuku kurumlarına yansıyan durumlar çerçevesinde bir değerlendirme yapılmaya gayret edilmiştir.

I. GEÇİCİ MADDE 10 HÜKMÜNÜN GELİŞİM SÜRECİ

Covid-19 salgın hastalığının çok hızlı bir şekilde yayılması ve ölümcül sonuçlara neden olması ceza infaz kurumunda kalan hükümlülere ne olacağı sorununu gündeme getirmiştir. Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamelenin veya Cezanın Önlenmesi Komitesi (CPT) tarafından “Koronavirüs (Covid-19) pandemisi bağlamında özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilere yönelik muameleyle ilişkin ilkeler bildirisi” hazırlanmıştır. Bildirinin 5 numaralı ilkesi, yakın temasın virüsün yayılımını hızlandırması sonucunda tüm ilgili makamların özgürlükten yoksun bırakmadan ziyade diğer alternatif yöntemlerin kullanılmasına yönelik gayret göstermesi gerektiğini ve aşırı kalabalık kurumlar açısından bu yöntemlerin kullanılmasının zorunluluk arz ettiğini, adli makamların yargılama sırasında tutukluluk yerine alternatif tedbirlerin daha sık uygulanmasını, cezaların hafifletilmesi ve erken tahliye ile denetimli serbestlik olanaklarına daha fazla başvurulması gerektiğini ifade etmektedir.¹ Benzer şekilde Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezanın Önlenmesi Komitesi tarafından 25.03.2020 tarihli bir tavsiye yayımlanmıştır. Bu çerçevede bütün devletlere, Tokyo Kuralları’nda belirtildiği üzere hapis dışı önlemler nazara alınmak suretiyle, güvenliği olduğu takdirde hükümlülere yönelik erken, şartlı veya geçici tahliye planlarının uygulanarak mümkün olduğunca ceza infaz kurumlarındaki nüfusun azaltılmasına yönelik çağrı yapılmıştır.²

Ülkemizdeki ceza infaz kurumlarının kalabalık oluşu göz önüne alındığında, hastalığın olumsuz sonuçlarından hükümlülerin korunması adına ceza infaz kurumundan hükümlülerin daha erken salıverilmelerine dair düzenlemeler ihdas edilmiştir. 14.04.2023 tarihli 7242

¹ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (Covid-19) pandemic, 20.03.2020, <https://rm.coe.int/16809cfa4b>, Erişim Tarihi: 29.07.2023.

² Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Advice of the Subcommittee on Prevention of Torture to States Parties and National Preventive Mechanisms relating to the Coronavirus Pandemic, 25.03.2020, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/OPCAT/AdviceStatePartiesCoronavirusPandemic2020.pdf>, Erişim Tarihi: 29.07.2023.

sayılı Kanun'unla koşullu salıverilme süreleri noktasında değişiklik yapılmış, istisnai sayılan bazı suçlar haricinde denetimli serbestlik imkânı genişletilmiştir.³ İlaveten 7242 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfaz Hakkında Kanun'a Geçici Madde 9 hükümü eklenmiştir. Maddede izin konusu düzenlenmiştir (f. 5). Buna göre, Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde yayılması sebebiyle açık ceza infaz kurumunda bulunanlar ile kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanan hükümlüler, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı hakkında Kanun'un 105/ A maddesi kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına karar verilen hükümlüler ve 106. madde veya diğer kanunlar gereğince denetimli serbestlik tedbirinden yararlanan hükümlüler, 31.05.2020 tarihinde kadar izinli sayılmıştır.⁴ Salgının devam etmesi ihtimali göz önüne alındığında bu sürenin Sağlık Bakanlığı'nın önerisi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından her defasında iki ayı geçmemek üzere 19 kez uzatılabileceği 26.05.2022 tarihli 7407 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle hüküm altına alınmıştır.⁵ Yine bu

³ Bahse konu düzenlemelerin hangisinin doğrudan veya dolaylı olarak Covid-19 salgın hastalığı ile ilgili olduğu yönünde açıklamalar için bkz. Fatma Umay Genç, "Mahkum Olunan Hapis Cezasının Koşullu Salıverilme Öncesinde Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak İnfazı Bakımından 7242 sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Bir Nedeni Olarak Covid-19" *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C.4, S.2, s. 514 vd; Esra Alan Akcan, "7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Genel Değerlendirilmesi", *Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı*, (29 - 30.05.2020), Yusuf Çalışkan, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ömer Faruk Erol, Ahmet Dülger, Gülnihal Ahter Yakacak, Ömer Faruk Kafalı (Editörler), İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2020, s. 635.

⁴ İlgili iznin "Covid -19 izni" olarak kendine özgü bir izin türü olduğu vurgulanmıştır. Bkz. Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku*, 17. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 293, Benzer yönde bkz. Orhan, Özdemir, "7242 sayılı Kanun Sonrası Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları", *Adalet Dergisi*, 2021, C. 2, S. 67, s. 406 vd.

⁵ Konuyla ilişkin örnek duyurulardan birisi şu şekilde düzenlenmiştir: "5275 sayılı Kanun'un Geçici 9/5. maddesi kapsamında, açık ceza infaz kurumlarında bulunan veya açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanan hükümlüler ile denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezalarının infazına karar verilen yükümlüler hakkındaki izin sürelerinin, 31 Mayıs 2023 tarihinden itibaren 2 (iki) ay süreyle uzatılmasına karar verilmiştir." <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/5275-sayili-kanun-kapsaminda-uygulanan-izinler26052023103952>, Erişim Tarihi: 22.09.2023.

Kanun'un 11. maddesiyle Geçici Madde 9'un f. 5'te yer alan 31.05.2022 tarih ifadesinin 31.07.2023 olarak değiştirildiği görülmektedir.

İzin, infaz rejiminin gevşetilme sürecinde iyi halli hükümlünün geçici bir süreliğine infaz kurumundan çıkarılmasını ifade etmektedir.⁶ Salgın hastalığın dünyada ve ülkemizde etkisini yitirmesi, geçici olarak izinli sayılan hükümlülerin tekrar ceza infaz kurumuna dönme sorununu ortaya çıkarmıştır. İzinde bulunan hükümlülerinin sayılarının hayli fazla olması⁷ ve hali hazırdaki ceza infaz kurumunun aşırı kalabalık olması⁸ bu sorunun temelini oluşturmaktadır. Ayrıca izinde bulunan hükümlülerin ceza infaz kurumlarına geri dönüşünde oluşacak problemler de ceza adalet bürokrasisinin aşırı bir şekilde yoğunlaşmasına neden olacaktır. Bunların önüne geçmek amacıyla 14.07.2023 tarihli ve 7456 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle 5275 sayılı CGTİHK'ya Geçici Madde 10 hükmü getirilmiştir. Ancak madde hükmü sadece izinde olan hükümlüler ile ilgili değil, bilakis denetimli serbestlik, koşullu salıverilme, açık ceza infaz kurumuna ayrılma, hapis cezasının ertelenmesi ve mükerrirler hakkında uygulanacak infaz rejimi ile ilgili düzenlemeler ortaya koymuştur.

⁶ Oktay Erdoğan, İnfaz Hukuku, 3. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 1061.

⁷ Konuyla ilgili olarak 30.09.2021 tarihi itibarıyla 369 ceza infaz kurumunda bulunan 88.767 hükümlünün Covid 19 izninden yararlandığı gözlemlenmiştir. Bkz. Covid-19 Pandemi Sürecinde Ceza İnfaz Kurumları-V, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/kovid-19-pandemi-surecinde-ceza-infaz-kurumlari-v01102021070338>, Erişim Tarihi: 04.11.2023; Bu sayının 7242 sayılı Kanunla getirilen Geçici Madde 6 hükmü nazara alındığında 30.03.2020 tarihinden önce işlenen suçların bakımdan verilen mahkumiyet hükümlerinin kesinleşmesiyle daha da arttığı tahmin edilmektedir.

⁸ İzinli olanlar da dahil olmak üzere ceza infaz kurumlarında 31.12.2022 tarihinde kayıtlı kişi sayısının 341.294 kişi olduğu ve 2021 yılının aynı tarihine göre mevcudun %14,6 oranında arttığı görülmektedir. Toplam hükümlü sayısı 298.952 iken, tutuklu sayısı ise 42.342'dir. Bkz. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Haber Bülteni, Ceza İnfaz Kurumu İstatistikleri, [https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22082023163504Haber%20B%C3%BCIteni%202022%20Birle%C5%9Fitirilm%C5%9F%20\(22.05.2023\).pdf](https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22082023163504Haber%20B%C3%BCIteni%202022%20Birle%C5%9Fitirilm%C5%9F%20(22.05.2023).pdf), Erişim Tarihi: 04.11.2023; 31.12.2021 tarihinde izinli olanlar da dahil olmak üzere ceza infaz kurumlarında kalan kişinin 297.860 olduğu ve 2020 yılının aynı tarihine göre mevcudun %11.6 oranında arttığı anlaşılmaktadır. Bunlardan 259.825 kişinin hükümlü ve 38.035 kişinin ise tutuklu olduğu görülmektedir. Bkz. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Haber Bülteni, Ceza İnfaz Kurumu İstatistikleri, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/110420231558234102022164528CTE%20Haber%20B%C3%BCIteni%202021.pdf>, Erişim Tarihi: 04.12.2023.

II. İZİNDEN DÖNME VE DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİ BAKIMINDAN GEÇİCİ MADDE 10 HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

A- İzinden Dönme Yükümlülüğü ve Kapsamı

1- Genel Olarak

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere Geçici Madde 10 f. 1 hükmü, Covid-19 salgın hastalığı nedeniyle izinde bulunan hükümlülerin izin süresinin sonunda tatbik edilecek usulü ele almaktadır. Geçici Madde 9 f. 5'teki düzenleme gereğince izinli sayılan hükümlüler 31.07.2023 tarihi itibarıyla izin bitimini takip eden on beş gün içinde infaz işlemlerinin devam ettiği kurumlara dönmekle yükümlü kılınmıştır. Düzenleniş itibarıyla tarih bakımından bir belirsizlik söz konusudur. Nitekim "31.07.2023 tarihi itibarıyla" ifadesiyle 31.07.2023 tarihine kadar mı yoksa 31.07.2023 tarihinden sonraki bir tarihin mi anlaşılacağı noktasında ilk etapta bir tereddüt oluşmaktadır. Hatta Geçici Madde 9 f. 5 ve iznin uzatılmasına dair düzenlemeler nazara alındığında bahse konu iznin 30.07.2023 tarihinde bitip 31.07.2023 tarihini kapsamadığı da ileri sürülebilir. Bu durum madde hükmünün doğru bir şekilde kaleme alınmadığını göstermektedir. Maddenin düzenleniş amacı dikkate alındığında "31.07.2023 tarihi itibarıyla" ifadesinin 31.07.2023 tarihli günü de kapsadığı anlaşılmaktadır. Keza doktrinde ilgili düzenlemenin yürürlüğe girişi 01.08.2023 tarihi olarak gösterilmektedir ki kanaatimizce de doğrudur.⁹

Bahse konu fıkra hükmünde on beş günlük bir süre öngörülmüştür. Maddenin ilk halinde bu süre "yedi gün" olarak belirtilmişken Kanun teklifinin TBMM görüşmeleri sırasında verilen önerenin kabul

⁹ Bahse konu 7456 sayılı Kanunda "Yürürlük" başlıklı 30. maddesinde diğer hükümlerin yürürlüğe gireceği tarihler özellikle belirtilmişken Geçici Madde 10 hükmünü getiren Kanun'un 15. maddesinin hangi tarihte yürürlüğe gireceğine dair bir belirleme bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çetin Arslan/Murat Kayaççek, "Covid 19 İzninde, Kapalı İnfaz Kurumlarında ve 5275 s. Kanun Geçici m. 9/6 Kapsamında Bulunan Hükümlülerin 14.07.2023 T. Ve 7456 S. Kanunla 5275 S. Kanun'a eklenen Geçici m. 10 Hükümü Karşısında 31.07.2023 Sonrası Hukuki Durumlarının Değerlendirilmesi", <https://www.cetinarslan.com.tr/wp-content/uploads/2023/07/Covid-Izninde-Bulunan-Hukumluler-Hakkindaki-Yasanin-Degerlendirilmesi-Arslan-Kayancicek.pdf>, Erişim Tarihi: 10.08.2023, s. 5.

edilmesi üzerine süre, on beş güne çıkarılmıştır. Sürenin geçirilmesinden dolayı hak kayıplarının önüne geçilmesi ve ceza infaz kurumlarında doğabilecek işlem yoğunluğunun olmaması bu değişikliğin en önemli nedenini oluşturmaktadır.¹⁰ Yine fıkra hükmünde izinde bulunan hükümlülerin infaz işlemlerinin devam ettiği kurumlara dönme yükümlülüğü altında olduğu vurgulanmıştır. Madde gerekçesinde bu husus “*bu anlamda kapalı veya açık ceza infaz kurumlarına ya da denetimli serbestlik müdürlüklerine başvurusu gerekmektedir*” şeklinde ifade edilmiştir. Halihazırda kapalı ceza infaz kurumuna dönecek olanların kapalı ceza infaz kurumlarına, açık ceza infaz kurumunda olanların açık ceza infaz kurumlarına ve denetimli serbestlik tedbiri altında olanların ise denetimli serbestlik müdürlüklerine başvurusu lazım gelir. Geçici Madde 10 düzenlemesiyle özellikle açık ceza infaz kurumuna ayrılma kolaylaşmışken açık ceza infaz kurumu müdürlüklerinin karşı karşıya geleceği yoğunluğun azaltılması adına böyle bir yola gidildiği görülmektedir. İş yoğunluğunun önlenmesi bakımından ilgili düzenlemeyi olumlu olarak addetmek mümkündür.

İzinde bulunan hükümlüler ile hakkında denetimli serbestlik kararı verilecek hükümlülere dair hususların Adalet Bakanlığı’nın resmi internet sitesinde duyurulacağı Geçici Madde 10 f. 3’te belirtilmiştir. Buna ilişkin Adalet Bakanlığı’nın internet sitesinde 17.07.2023 tarihinde konuya ilişkin bir duyuru yapılmıştır.¹¹ İlgili duyuruda hükümlüle-

¹⁰ TBMM Görüşmelerinde Sunulan Önerge’ye ait gerekçe şu şekildedir:

“Önergeyle izinde bulunan hükümlülerin izin bitimini müteakip infaz işlemlerinin devam ettiği kurumlara dönmeleri için öngörülen yedi günlük süre hak kayıplarının önlenmesi ve ceza infaz kurumlarında oluşabilecek yoğunluğun azaltılması bakımından on beş güne çıkarılmaktadır.”

¹¹ “15.07.2023 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren 7456 sayılı Kanun’un 15. maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’a Geçici 10’uncu madde eklenmiştir. İlgili mevzuatın üçüncü fıkrasında, izinden dönecek hükümlüler ile hakkında denetimli serbestlik kararı verilecek hükümlülere ilişkin hususların, Adalet Bakanlığının resmî internet sitesinde duyurulacağı hüküm altına alınmış olup anılan hüküm gereğince ilgili duyuru aşağıdadır. Halen Covid 19 salgın hastalık izninde bulunan hükümlüler, infaz durumlarını 20/07/2023 tarihinden itibaren, e-Devlet kapısına TC Kimlik Numarası ve e-Devlet şifresi ile giriş yaparak Adalet Bakanlığı bölümünde yer alan “Hükümlü İnfaz Bilgileri Sorgulama” ekranından öğrenebileceklerdir. Ayrıca, hükümlülerin UYAP sisteminde kayıtlı GSM numaralarına cezalarının infaz durumu ile ilgili SMS gönderilecektir.

rin madde hükümü yürürlüğe girmeden ilgili linklerle giriş yapmaları önerildiği ve SMS yöntemiyle haberdar edildikleri görülmektedir.

Esasında bu düzenlemenin konu itibarıyla ilk fıkra içerisinde ele alınması gerekirdi. Nitekim f.2'deki düzenleme, izinde bulunanlar ve ilgili mevzuat uyarınca denetimli serbestlik tedbirinden yararlanmayı ihtiva

Açık ceza infaz kurumuna dönecek hükümlülere ilişkin hususlar: Yukarıda belirtilen sorgulama ekranında ve tarafınıza gönderilen SMS metninde "Sayın: İsim-Soyisim İnfaz işlemlerinizin yürütüldüğü ceza infaz kurumuna 01.08.2023 - 15.08.2023 tarihleri arasında dönmeniz gerekmektedir." ibaresi bulunanlar, 01.08.2023 - 15.08.2023 tarihleri arasında belirtilen kuruma dönmek zorundadır.

Hükümlüler, infaz durumlarına ilişkin sorgulama ekranlarına aşağıdaki web uzantılı linkler aracılığıyla 20/07/2023 tarihinden itibaren ulaşabileceklerdir. İlgili linkler;

<https://www.turkiye.gov.tr/> <https://www.turkiye.gov.tr/adalet-bakanligi>

Açık ceza infaz kurumuna dönmeyerek cezalarının infazına denetimli serbestlik tedbiri altında devam edecek hükümlülere ilişkin hususlar: Yukarıda belirtilen sorgulama ekranında ve tarafınıza gönderilen SMS metninde "Sayın: İsim-Soyisim hakkınızda denetimli serbestlik kararı verilme süreci ile ilgili işlemlere devam edilmektedir. Bu süreçte ceza infaz kurumuna başvuruda bulunmayınız." ibaresi bulunanların, ceza infaz kurumlarına dönmeyerek sürecin sonuçlanmasını beklemeleri gerekmektedir.

Hükümlüler, infaz durumlarına ilişkin sorgulama ekranlarına aşağıdaki web uzantılı linkler aracılığıyla 20/07/2023 tarihinden itibaren ulaşabileceklerdir. İlgili linkler; <https://www.turkiye.gov.tr/> <https://www.turkiye.gov.tr/adalet-bakanligi> Haklarında ilgili infaz hâkimliğince denetimli serbestlik kararı verilen hükümlülere gönderilen SMS ve linkte belirtilen sorgulama ekranında "Sayın: İsim-Soyisim hakkınızda infaz hakimliği tarafından denetimli serbestlik kararı verilmiş olup ceza infaz kurumuna dönmeyerek 5 gün içerisinde, kimliğinizi ispata yarayan bir belge ile Denetimli Serbestlik Müdürlüğüne müracaat etmeniz gerekmektedir." ibaresi bulunanların 5 gün içerisinde ikametinin bulunduğu yer veya SMS/sorgulama ekranında belirtilen yer denetimli serbestlik müdürlüğüne başvuruda bulunmaları gerekmektedir.

Kişiler, haklarında infaz hâkimliğince verilen denetimli serbestlik kararına <https://vatandas.uyap.gov.tr/main/vatandas/giris.jsp> adresinden dosya sorgulama işlemi yaparak erişim sağlayabilirler. Yasal süre içerisinde denetimli serbestlik müdürlüğüne müracaat etmeyenler hakkında, açık ceza infaz kurumuna gönderilme kararı verilebilecektir.

Ayrıca; 15.07.2023 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7456 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde haklarında 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesi kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına karar verilen yükümlüler, koşullu salıverilme tarihine kadar olan süreleri 105/A maddesinin beşinci fıkrasında belirtilen yükümlülüklerle tabi olmadan geçireceklerdir. Kamuoyuna saygıyla duyurulur."

etmektedir. Başka bir anlatımla arada konuyla bağlantısı az olan bir başka düzenlemeye yer verilmiştir. Bu durum da teknik açıdan iki fıkra arasındaki irtibatın olmayışını gündeme getirmektedir. Fakat yorum yoluyla maddenin f.1. ve f.3 hükümlerini birlikte düşünmek mümkündür.

2- Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi Hali

Hükümlü sadece infaz kurumunda değil, bilakis izin kullandığı -yani infaz kurumu dışında bulunduğu- sırada da iyi halli olması gerekmektedir.¹² Ne de olsa izinde geçirilen süreler de hükümlülükte geçmiş sayılır (CGTİHK m. 93, f. 1) Bu bakımdan bu yükümlülüğün gereklerine riayet etmek iyi halli olmanın tespitinde önemlidir. İzinden dönme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde CGTİHK'nın 97. maddesinin uygulanacağı noktasında herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Madde hükmü, TCK'nın 292. maddesindeki hükümlünün ve tutuklunun kaçması suçuna atıf yapmaktadır. Buna göre izinden dönme yükümlülüğünü 15 gün içerisinde yerine getirmeyen veya 15 günlük sürenin bitiminden iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler bu suçtan dolayı cezalandırılır. Etkin pişmanlık hükümleri (TCK m. 293) saklı olup bu hükümlüler hakkında bir daha özel izin verilmeyecektir (CGTİHK m. 97, f. 3). Bu kapsamdaki hükümlüler artık Geçici Madde 10 hükmünden de yararlanamayacaktır.

Salgın hastalık, doğal afet, savaş veya seferberlik durumunda izinden dönmeyen veya geç dönen hükümlülere yönelik özel bir zorunluluk hali CGTİHK'nın 97. maddesi f. 1' de belirtilmiştir. Ancak Covid-19 salgın hastalığının etkisinin minimize edilmesi suretiyle hükümlüler, bu gerekçe ile zorunluluk halinden yararlanamayacaktır. Başka bir ifadeyle artık Covid-19 salgın hastalığı, izinden dönme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır.¹³

İzinden dönme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, CGTİHK 105/A maddesi f.6-a'da yer alan açık ceza infaz kurumuna gönde-

¹² Erdoğan, s. 1077.

¹³ Doktrinde yer alan bir görüşe göre, maddede geçen "salgın hastalık durumunda" ifadesi salgının sürmesi olarak algılanmamalı, bunun yerine izin süresi sonunda hükümlünün ceza infaz kurumuna dönmelerini engelleyen somut bir sebep olarak görülmelidir. Bkz. Ersan Şen/Beyza Başer Berkün, Koşullu Salıverilme Denetimli Serbestlik ve Ceza İnfaz Sorunları, 5. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 335.

rilme sonucunu gerektirmemektedir. İlgili hüküm ilk kez denetimli serbestlik tedbirinden yararlanan hükümlülere yöneliktir. Halbuki Geçici Madde 10 f. 1'deki düzenleme Covid-19 iznindeki hükümlülere ilişkindir. Bu kapsamdaki hükümlüler kanun gereği denetimli serbestlik tedbirine ayrıldığından ilk defa ceza infaz kurumundan denetimli serbestlik tedbirine ayrılmış gibi görülemezler. Ancak bu hükümlüler, CGTİHK 105/A maddesi f. 8 dahilinde Denetimli Serbestlik Müdürlüğü'ne başvurma yükümlülüğü altındadır. Aksi takdirde bu hükümlüler ile ceza infaz kurumuna iade kararı verilmesine karşın iki gün içerisinde en yakın Cumhuriyet başsavcılığına teslim olmayan hükümlüler hakkında TCK'nın 292. maddesinde yer alan suçtan cezai sorumluluk gündeme gelecektir.

15 günlük sürenin bitiminden itibaren iki gün veya daha az süre geçirildiği takdirde, hükümlüler hakkında disiplin işlemi yapılacaktır (CGTİHK m. 97, f. 2). Aynı zamanda TCK'nın 292. maddesindeki suçun işlendiği gündeme gelse de TCK'nın 293. maddesindeki yer alan etkin pişmanlık hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

B- Denetimli Serbestlik Tedbiriyle İlgili Getirilen Düzenlemeler

1- Denetimli Serbestlik Tedbirinin Genişletilmesi (Geçici Madde 10 2. Fıkrası)

Geçici Madde 10 f. 2 hükmüyle izinde bulunan hükümlüler bakımından koşullu salıverilme öncesinde uygulanan denetimli serbestlik tedbirinin genişletildiği görülmektedir. Bahse konu fıkra hükmü uyarınca Covid-19 salgın hastalığı nedeniyle izinde bulunan ve ilgili mevzuat uyarınca cezalarının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına beş yıl ve daha az süre kalan hükümlülerin talebi aranmaksızın, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik uygulanmak suretiyle infazına, infaz hâkimi tarafından karar verilebilir. Hükümlülerin halihazırda öngörülen denetimli serbestlik sürelerine 5 yıl ilave edilerek ceza infaz kurumlarından daha erken salıverilmeleri ve kalan cezalarını denetimli serbestlik kapsamında infaz edilmeleri bu fıkra hükmüyle mümkün olmuştur. Örneğin, CGTİHK m. 105/A hükmü gereğince 1 yıl denetimli serbestlik süresine tabi hükümlü, 1 yıl + 5 yıl = 6 yıl süreyle denetimli serbest-

likten yararlanabilecektir. O halde, Geçici Madde 6 f. 1 kapsamında -istisna sayılan suçlar haricinde- 3 yıl olan denetimli serbestlik süresine tabi hükümlü hakkında 3 yıl + 5 yıl = 8 yıl süreyle denetimli serbestlik süreci işletilebilecektir. Yine örneğin, Geçici Madde 6 2. fıkrasının a bendinde belirtilen süre, 4 yıl +5 yıl = 9 yıl olarak belirlenmiş olur. Burada dikkat celbeden husus, hükümlülerin koşullu salıverilmelerine kadar değil, fakat denetimli serbestlik uygulanmak suretiyle infazına beş yıl ve daha az süre kalma halinin esas alınmasıdır. Halbuki denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazını düzenleyen CGTİHK'nın 105/A maddesi koşullu salıverilme tarihine kadar olan süreyi aramaktadır. Keza 7242 sayılı Kanunla getirilen Geçici Madde 6 hükmü incelendiğinde de CGTİHK 105/A maddesinde belirtilen süreye atıf yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla Geçici Madde 10 f. 2 ile 105/A maddesi kanun yapım tekniği açısından birbirleriyle uyumlu gözükmemektedir.

Belirtilmelidir ki CGTİHK 105/A maddesi ile esasen koşullu salıverilme uygulaması geriye doğru kaydırılarak hükümlünün daha erken infaz kurumundan ayrılmasına imkan tanınmıştır.¹⁴ Bu durum Geçici Madde 6 hükmüyle bazı suçlar istisna olmak suretiyle daha da öne çekilmiştir.¹⁵ Geçici Madde 10 f. 2. hükmüyle bu öne doğru kaydırma olgusu aşırı bir şekilde uygulanmıştır. Öyle ki, bu kadar ileri gidilmesiyle cezanın infazı bu kapsamdaki hükümlüler bakımından neredeyse imkânsız hale gelmiştir. Bu durumun cezaların caydırıcı olmasıyla bağdaşmadığı ve ceza adaletini zedelediği izahattan varestedir.

¹⁴ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 19. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 899.

¹⁵ Geçici Madde 6 hükmü, 15.08.2016 tarihli ve 671 sayılı KHK (6757 sayılı Kanun) ile CGTİHK'ya eklenmiştir. Madde hükmünün önceki halinde belli suçlar haricinde 01.07.2016 tarihine kadar işlenen suçlar açısından koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestlik tedbirine ayrılmada CGTİHK'nın 105/A maddesinin 1. fıkrasında yer alan 1 yıllık süre 2 yıl olarak belirlenmişti. İlgili madde hükmü 7242 sayılı Kanunla değişiklik geçirmiş ve yine belli suçlar hariç olmak üzere 30.03.2020 tarihine kadar işlenen suçlar açısından bu süre 3 yıl olarak belirlenmiştir. İlâveten maddenin 3. fıkrasına eklenen bir hükümle kapalı ceza infaz kurumunda bulunan iyi halli hükümlüler de bu imkândan yararlanabilecekti. Bkz. Genç, s. 517; Geçici Madde 6 f. 1'de belirtilen istisnai suçlar bakımından genel kural geçerli olacak ve 1 yıllık denetimli serbestlik uygulaması devam edecektir. Osman Atalay, "7242 sayılı Yeni İnfaz Yasasının Getirdikleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, Haziran 2020, C. 15, S. 166, s. 1244.

CGTİHK 105/A maddesinin f. 1'de denetimli serbestliğe ayrılabilmek için talep şartı aranmaktadır ki bu doğrultuda re'sen tahliye söz konusu olmayacaktır.¹⁶ Ancak Geçici Madde 10 f. 2 hükmüyle bu talep şartının kaldırıldığını görmekteyiz. Bu şartın aranmamasını Geçici Madde niteliğini göz önüne alarak bir istisna olarak yorumlamak mümkündür. Aynı zamanda düzenlemenin usul ekonomisini ve ceza infazına ilişkin bürokratik işlemlerin hafifletilmesini amaçladığı barizdir. Ancak talep şartının kaldırılması, denetimli serbestlik tedbirini koşullu salıverilmeye yaklaştırmıştır. Nitekim koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için hükümlünün talebi aranmamakta ve re'sen karar verilmektedir.¹⁷ Öte yandan talep şartının aranmaması, CGTİHK 105/A maddesi f. 6-c'deki düzenleme hükmünü etkisiz kılmaktadır. Buna göre, denetimli serbestlik hükmünden yararlanan hükümlü kendi isteği ile açık ceza infaz kurumuna geri dönemeyecektir. Çünkü CGTİHK 105/A maddesi talep odaklı bir düzenlemedir.¹⁸ Talebin kaldırılması, yani tedbirden yararlanmanın re'sen hale getirilmesi, tedbirin sona erdirilmesindeki talebi de kanaatimizce etkilemektedir. Kaldı ki koşullu salıverilmeye de ceza infaz kurumuna dönme talebi aranmamıştır. Bu yüzden koşullu salıverilmeye yakınlaştırılan bu geçici düzenlemenin CGTİHK 105/A maddesinin f. 6-c'deki bendindeki talep şartını devre dışı bıraktığı kanısındayız. Amaç ceza infaz kurumunda kalan hükümlü sayısını azaltmak olduğuna göre, geri dönüşü sağlayan bent hükmünün uygulanmasının bir anlamının olmadığını belirtmek gerekir.

Geçici Madde 10 f. 2'deki düzenlemenin uygulanabilmesi için hükümlünün Covid-19 izninde olması gerekir. Bu fıkra aşağıda inceleyeceğimiz üzere Geçici Madde 10 f. 6 kapsamı altında olan hükümlüler için öngörülmemiştir.¹⁹ Diğer koşul ise hükümlünün 31.07.2023 tarihi itibarıyla denetimli serbestlik tedbirinin şartlarını taşımasıdır. Şayet hükümlüye tatbik edilen denetimli serbestlik tedbiri CGTİHK 105/A maddesinin f. 6 ve f. 7'de yer alan hükümler uyarınca kaldırılmışsa

¹⁶ Cansu Türkmen, "7242 sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Işığında Hapis Cezasının Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak İnfazı", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Aralık 2021, Y.7, S.2, s. 332.

¹⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 899.

¹⁸ Türkmen, s. 340.

¹⁹ Arslan/Kayanççek, s.14.

ve akabinde açık ceza infaz kurumuna gönderilme yönünde bir karar verilmişse bu durumda denetimli serbestlik şartlarını taşımadığı için Geçici Madde 10 f. 2'nin uygulanması gündeme gelmeyecektir. Keza denetimli serbestlik tedbirine ayrılma 5 yıldan daha fazla bir süreye tekabül ediyorsa hükümlü bu fıkra hükmünden yararlanamayacaktır. Bununla birlikte denetimli serbestlik tedbirinin kaldırılması sebebini oluşturan işlenen suç açısından beraat, zamanaşımından düşme, davanın reddi ve ceza verilmesine yer olmadığı kararlardan biri verilmiş olabilir. Bu durumda hükümlü, yeniden denetimli serbestlik tedbiri imkânına kavuşarak Geçici Madde 10 f. 2'den yararlanabilecektir.²⁰

Geçici Madde 10 f. 2'de denetimli serbestlik tedbirine “*infaz hakimliği tarafından karar verilebilir*” hükmü yer almaktadır. Burada denetimli serbestlik tedbirinin uygulanıp uygulanmayacağı infaz hakiminin takdirine bırakılmıştır. Fakat talep şartının aranmaması, ilk etapta infaz hakimliğinin takdir yetkisini kısıtlar gibi gözüke de bunun böyle olmadığı barizdir. Zira koşullu salıverilmeye ilişkin CGTİHK'nın 107. maddesinin f. 11 uyarınca infaz hakiminin takdir yetkisi korunmuşken Geçici Madde 10 f. 2'de takdir yetkisinin olmadığını ileri sürmenin bir anlamı bulunmamaktadır. Bu durumda infaz hakimliği, Geçici Madde 10 hükmündeki şartların oluşup oluşmadığını değerlendirecektir. Değerlendirme yargısal denetime tabidir. İnfaz hakimi koşulların oluşmadığı yönünde karar verirse bu karara karşı itiraz kanun yolu işletilebilecektir (4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu, m. 6, f. 6).

Burada tartışılması gereken bir başka konu, Geçici Madde 10 f. 2'de hükümlünün iyi halli olduğunun değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusudur. İşaret etmek gerekir ki, CGTİHK 105/A maddesinde hükümlünün denetimli serbestlikten yararlanabilmesi için iyi halli olması aranmıştır. İyi halliliğin tespiti ceza infaz kurumlarının idare ve gözlem kurulunca yerine getirilir (CGTİHK m. 89, f. 1, f. 5). Geçici Madde 10 f. 2'de iyi halli olmanın arandığına dair bir ibare bulunmamaktadır. Halbuki Geçici Madde 9 f. 1'de iyi halli olma şartı

²⁰ Ersan Şen/Beyza Başer Berkün, “7456 sayılı Kanunla Getirilen Geçici İnfaz Usulü”, <https://sen.av.tr/tr/makale/7456-sayili-kanunla-getirilen-gecici-infaz-usulu#:~:text=Ge%C3%A7ici%2010.%20madde%20Resmi%20Gazete,devam%20etti%C4%9Fi%20kurumlara%20d%C3%B6nmek%20zorundad%C4%B1r.> Erişim Tarihi: 15.08.2023.

aranmışken Geçici Madde 10 f. 2'de buna açıkça yer verilmemesi kanaatimizce bir eksiklik teşkil eder. Bir başka ifadeyle Geçici Madde 9 hükmünde aranan bir şartın, bunun devamını teşkil eden Geçici Madde 10 hükmünde bariz yer almaması kanaatimizce isabetli değildir. Fakat maddenin 2. fıkrasındaki "...ilgili mevzuat uyarınca" ibaresini iyi halli olmanın arandığı yönünde yorumlamak mümkündür. Halbuki bu belirsizlik yorum yoluyla değil, bilakis açık bir kanuni düzenlemeyle giderilmeliydi.

Benzer durum disiplin cezaları açısından da söz konusudur. Nitekim, 29.03.2020 tarihli Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik'in 110. maddesine göre gözlem değerlendirme raporu ya da gelişim değerlendirme raporunda bulunup da henüz kaldırılmamış disiplin cezası almış hükümlü hakkında iyi hal kararı verilemeyecektir. İyi hal kararı olmayınca hükümlü koşullu salıverilmeyecektir. Geçici Madde 9 f. 1; 30.03.2020 tarihinden önceki fiiller nedeniyle CGTİHK'nın 39 ila 46. maddeleri gereğince hükmedilen disiplin cezalarının, infaz edilmeleri kaydıyla Kanun'un 48. maddedeki süre ve karar şartı aranmaksızın idare ve gözlem kurulunca verilecek iyi hal kararı üzerine kaldırılacağını hüküm altına alınmıştır.²¹ Geçici Madde 9 f. 1'de yer alan disiplin ve iyi hal kararıyla ilgili düzenlemeler hükümlünün denetimli serbestlik ve koşullu salıverilmeden yararlanmalarını kolaylaştırmaktadır. Bununla birlikte 30.03.2020 tarihinden sonra alınan disiplin cezalarına ne olacağına dair bir düzenleme yoktur. Keza Geçici Madde 9 f. 1'e ilişkin benzer düzenleme, Geçici Madde 10 hükmünde yer almadığı için ne şekilde uygulanacağına dair durum belirsizlik baş göstermektedir. Geçici Madde 9 f. 1'de yer alan düzenleme bir istisna hükmüdür. Geçici Madde 10 hükmünde bu düzenleme öngörülmediği için genel kural- lar caridir. O halde disiplin cezaları kaldırılmadan hükümlü hakkında iyi hal kararı verilemeyecek ve bunun sonucunda denetimli serbestlik tedbiri de işletilemeyecektir.²² Şayet 31.07.2023 tarihinden önceki bir

²¹ Bahse konu disiplin cezası almış hükümlünün tekrardan iyi halli olması için beklemesi gereken süreyi devre dışı kılan bu hükmün, kendiliğinden iyi hal bahşetmeyeceğini belirtmek gerekir. Madde hükmü uyarınca cezanın kaldırılması idare ve gözlem kurulunun iyi hal kararı koşuluna bağlı tutulmuştur. Bkz. Özdemir, s. 388.

²² Bahattin Aras/Sezgin Güverçin, *İnfaz Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 140.

tarihte disiplin cezaları infaz edilmişse hükümlü hakkında iyi hal kararı verilip Geçici Madde 10 f. 2'de yer alan denetimli serbestlik tedbiri uygulanması mümkün olacaktır.

2- Yükümlülüklerle Tabi Tutulmama (Geçici Madde 10 f. 4 Hükümü)

Geçici Madde 10 hükmüyle denetimli serbestliğe getirilen bir diğer düzenleme 4. fıkrada yer almaktadır. Buna göre; Geçici Madde 9 f. 5 hükmü kapsamında 31.07.2023 tarihi itibari ile izne ayrılan hükümlüler, koşullu salıverilme tarihine kadar olan süreleri, CGTİHK 105/A maddesinin 5. fıkrasındaki yükümlülüklerle tabi olmadan geçirirler. Buna göre, örneğin, belirli günlerde imza yükümlülüğü Covid-19 izni dolayısıyla tatbik edilmeyecektir.²³ Bahse konu düzenleme ihdas edilmeseydi, yükümlülük ihlalleri nedeniyle açık ceza infaz kurumuna geri dönme olgusuyla karşı karşıya kalınmış olurdu.²⁴

Bilinmelidir ki Geçici Madde 9 f. 5 de benzer bir düzenlemeyi ihtiva etmektedir. Bu hüküm kapsamında bulunan hükümlüler, devletin gözetimi ve denetimi altında olmadan, daha doğru bir ifadeyle denetimsiz olarak "izinli" addedilmiştir.²⁵ Dolayısıyla aynı denetimsiz olma hali, Geçici Madde 10 f. 4 ile devam ettirilmiştir. Başka bir anlatımla burada bir denetimli serbestlikten değil, denetimsiz bir serbestlik halinden bahsetmek mümkündür.²⁶ Bu hüküm her ne kadar denetimli serbestlik müdürlüklerinin iş yükünü hafifletme amacını taşısa da tedbirin temel amaçlarıyla bağdaşmadığı ortadadır.²⁷ Belirtil-

²³ Şen/Berkün, Koşullu Salıverilme Denetimli Serbestlik..., s. 334.

²⁴ Özbek, İnfaz Hukuku, s. 294.

²⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s.897, 214 no.lu dipnot.

²⁶ Doktrinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir:

"Covid izni ise; başlangıçta pandemi şartları ve ceza infaz kurumlarının koşulları itibarıyla zorunluluk teşkil etse de, nerede ise tüm Covid önlemlerinin kaldırıldığı günümüzde bu izin türünün 31.07.2023 tarihine kadar uzatılması, pandemiye bağlı zorunlu bir iznin denetimli serbestlik gibi ve hatta şartları denetimli serbestliğe göre çok daha hafif kendine özgü bir infaz müessesesine dönüştüğünü göstermektedir." (Şen/Berkün, Koşullu Salıverilme Denetimli Serbestlik..., s. 334).

²⁷ Denetimli serbestlik hizmetlerinin personel, donanım ve teşkilat bakımından etkinliğinin yetersiz oluşu da eleştirilen konular arasındadır. Görünüşte bir denetimli serbestlik tedbiri tatbik edilse dahi ceza infaz kurumundan ayrılan hükümlü, kısa bir süre sonra tekrar suç işlemekte ve bu doğrultuda ceza infaz kurumuna dönmektedir. İzzet Özgenç, İhsan Yılmaz Bayraktarlı, "İnfaz Kurumlarındaki Hükümlü Sa-

melidir ki hükümlüye yeniden suç işlemekten uzak kalma yeteneğinin kazandırılması, tekerrürün oluşmaması adına infazın ana amaçlardan biridir.²⁸ İşte bu denetimsizlik hali, hükümlülerin yeniden suç işleyecek hale gelmesi ihtimalini artırmaktadır ki bunun infaz hukukunun temel amaçlarıyla uyuşmadığını söylemek mümkündür. Öte yanan denetimsiz izinli sayılan hükümlülerin koşullu salıverilme tarihine kadar denetimli serbestlik tedbiri süresi boyunca alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlememesine ilişkin yükümlülüğü (CGTİHK m. 105/A, f. 7) halen devam etmektedir. Bu yükümlülük denetimli serbestlik kurumuna ufak da olsa bir katkı sunmaktadır.

Madde gerekçesinde Geçici Madde 6 hükmünün uygulanması suretiyle verilen denetimli serbestliğe ayrılma kararları bakımından da Geçici Madde 10 f. 4'teki hükmün uygulanacağı belirtilmiştir. Bu durumda hem açık ceza infaz kurumuna ayrılan ve denetimli serbestlikten yararlandırılan hem de kapalı ceza infaz kurumlarında bulunup açık ceza infaz kurumuna ayrılma koşullarına sahip olmasına karşın Geçici Madde 6 f. 3'teki denetimli serbestliğe ayrılan hükümlüler, bu yükümlülüklere tabi tutulmayacaktır. Madde gerekçesinde yer aldığı üzere Geçici Madde 10 f. 4 hükmünün konusu, CGTİHK 105/A maddesiyle ve Geçici Madde 6 hükmünde yer verilen denetimli serbestlikle sınırlıdır. Örneğin, koşullu salıverilme kapsamında infaz hakimi, iki yılı geçmemek üzere denetim süresi içerisinde hükümlünün denetimli serbestlik müdürlüğüne belirlenecek yükümlülüklere tabi tutulması yönünde karar verebilir. Denetimli serbestlik müdürlüğü bu karar doğrultusunda belirli bir bölgede denetim ve gözetim altında bulundurma, belirlenen yer veya bölgelere gitmeme, belirlenen programlara katılma yükümlülüklerinden bir veya birden fazlasına hükümlüye tabi tutulabilir (CGTİHK m. 107, f. 9). Dolayısıyla bu kapsamdaki hükümlüler Geçici Madde 10 f. 4 hükmünden yararlanamazlar. Keza

yısındaki Artış Sorunu ve Çözüm Önerisi", *AHBVHFD*, y23, Sayı: 1, s. 138; Türkiye aynı zamanda denetimli serbestlik yükümlüleri açısından da oldukça kalabalık bir ülkedir. Ortaya çıkan yetersizliklerin bir diğer yönünü de bu durum oluşturmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Efe Karabulut, *Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Temmuz 2023, s. 24, 349.

²⁸ Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 9. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 200.

madde gerekçesinde de bu durum “5275 sayılı Kanun’un 106’ıncı madde veya diğer kanunlar uyarınca verilen denetimli serbestlik kararları bakımından denetimli serbestlik yükümlülüklerinin uygulanmasına devam edilecektir” şeklinde ifade edilmiştir.

3- Geçici Madde 9 F. 6 Kapsamında Olan Hükümlülerin Denetimli Serbestlik Tedbirinden Yararlanmaları Bakımından (Geçici Madde 10 F. 6 Hükümünün İkinci Cümlesi)

Geçici Madde 9 f. 6 kapsamında açık ceza infaz kurumuna ayrılan hükümlülerin denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilmeleri için Geçici Madde 10 f. 6’nın ikinci cümlesinde istisnai bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme sadece Geçici Madde 9 f. 6. ile sınırlı olmayıp aşağıda ayrıntılarıyla inceleyeceğimiz üzere, 31.07.2023 tarihi itibarıyla kapalı ceza infaz kurumunda olanlar için de geçerlidir. Dolayısıyla hem bu hükümlüler hem de 31.07.2023 tarihinde Geçici Madde 9 f. 6 dahilinde açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler; talepleri halinde, en az üç ay açık ceza infaz kurumunda kalmış olmak kaydıyla cezaların denetimli serbestlik tedbiri altında infazı uygulamasından üç yıl erken yararlandırılacaktır. Örneğin, CGTİHK 105/A maddesinde dahilinde koşullu salıverilmesine kadar 1 yıllık süreyle denetimli serbestlik tedbirine tabi olan hükümlü hakkında, 1 yıl + 3 yıl = 4 yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilecektir.

İlgili düzenlemede dikkat çekici olan nokta talep şartının burada aranmasıdır. Talep şartının aranmaması Geçici Madde 10 f. 2’de hüküm altına alınmışken Geçici Madde 10 f. 6’nın ikinci cümlesinde aranmış olması apaçık bir çelişki arz etmektedir. Esasında Geçici Madde 10 f. 6. fıkrası, üstte bahsettiğimiz CGTİHK 105/A maddesiyle uyumludur. Ancak Geçici Madde 10 f. 2’nin yukarıda belirtilen farklı mülahazalarla düzenlendiğini unutmamak gerekir. Ancak bu durum ilgili fıkra hükümlerinin birbirleriyle uyumlu bir şekilde hazırlanmadığını göstermektedir.

Bu kapsamdaki hükümlülerin açık ceza infaz kurumunda kalmaları gereken 3 aylık sürenin ne zaman başlayacağı konusu önemli bir sorun teşkil eder. Kanaatimizce bu sürenin 31.07.2023 tarihinden itibaren başlamayacağı açıktır. Bu 3 aylık sürenin 31.07.2023 tarihinden evvel bir tarihte başlayıp tamamlanması gerekmektedir.

Geçici Madde 10 f. 6 hükmünün ikinci cümlesinde; denetimli serbestlik tedbirinden yararlanan hükümlülerin, CGTİHK 105/A maddesinin f. 5'te belirtilen "kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılma", "bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulma", "belirlenen yer veya bölgelere gitmeme" ve "belirlenen programlara katılma" yükümlülüklerine tabi olup olmayacaklarına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle Geçici Madde 10 f. 4'te yer alan yükümlülüklerin uygulanmayacağına dair hüküm burada yer almamıştır. İşaret edilmelidir ki Geçici Madde 10 f. 4'te belirtilen hükümlüler sınırlı bir şekilde belirtilmiştir. İlk bakışta Geçici Madde 10 f. 6'nın ikinci cümlesinde belirtilen hükümlülerin yükümlülüklerine tabi tutulmayacağı anlaşılrsa da madde gerekçesi bunun tam tersidir. Zira madde gerekçesinde bu husus "Bu kapsamda denetimli serbestlik tedbiri altında cezası infaz edilecek hükümlüler hakkında 105/A maddesinde belirtilen denetimli serbestlik rejimi ve yükümlülükleri uygulanacaktır" şeklinde ifade edilmiştir. Her ne kadar gerekçede böyle ifade edilse de ilgili hususun gerekçede değil, bilakis kanun metninde açıkça belirtilmesi gerekirdi. Nitekim madde gerekçesi bir yorum aracıdır ve hukuk uygulayıcılarını bağlayıcı bir etki göstermemektedir. Dolayısıyla Geçici Madde 10 f. 4'teki hükmün, Geçici Madde 10 f. 6'da yer alan hükme uygulanmayacağına açıkça belirtilmesiyle kafa karıştırıcı yorumların önüne geçebilirdi.

III. AÇIK CEZA İNFAZ KURUMUNA AYRILMA BAKIMINDAN GEÇİCİ MADDE 10 HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

A- Geçici Madde 9 F. 6 Uyarınca Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumuna Ayrılması (Geçici Madde 10 F. 5 Hükümü)

Geçici Madde 10 f. 5 uyarınca Geçici Madde 9 f. 6 bakımından açık ceza infaz kurumuna gönderilen hükümlüler, 31.07.2023 tarih itibariyle açık ceza infaz kurumuna ayrılmış sayılacaktır. Açık ceza infaz kurumuna gönderilen hükümlülerin 31.07.2023 tarihi itibariyle açık ceza infaz kurumuna ayrılmalarının ne anlama geldiğini açıklayabilmek için Geçici Madde 9 f. 6 hükmünü incelemek gerekir. Öncelikle bu kapsamdaki hükümlülerin açık ceza infaz kurumuna nasıl ayrılacakları yönünde bir belirsizliğin oluşmaması adına Geçici Madde 9 f. 6 ihdas edilmiştir. Başka bir ifadeyle Geçici Madde 9 f. 6'nın esas gerekçesi

Covid-19 pandemisi dolayısıyla dolu olan kapalı ceza infaz kurumlarından mevcudu boşalan açık ceza infaz kurumlarına hükümlülerin gönderilmesidir.²⁹ Böylelikle kapalı ceza infaz kurumunda olanlar, istisna sayılan suçlar haricinde, doğrudan izin müessesesinden yararlanamadıkları için açık ceza infaz kurumuna erken ayrılma imkanına kavuşmuştu.³⁰ Buna göre, toplam hapis cezası on yıldan az olanlar bir ayını, on yıl ve daha fazla olanlar ise üç ayını kapalı ceza infaz kurumlarında geçirmiş olan iyi halli hükümlülerden ilgili mevzuat uyarınca açık ceza infaz kurumlarına ayrılmalarına bir yıl veya daha az süre kalanlar talepleri halinde açık ceza infaz kurumlarına gönderilebilirler. İlgili fıkrada TCK'nın İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, 4., 5., 6., ve 7. bölümlerinde yer alan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar hariç tutulmuştur. Bu kapsamda aynı maddenin 5. fıkrası gereğince açık ceza infaz kurumunda ya da kapalı ceza infaz kurumunda olmasına rağmen açık ceza infaz kurumuna ayrılmaya hak kazanan hükümlüler izinli sayılmıştı.

Bu kapsamdaki hükümlüler açık ceza infaz kurumunda barındırılır. Fakat bu hükümlülerin izin dönüşünde hangi kurumlarda barındırılacağı belirsizdi. Özellikle 31.07.2023 tarihinde sürenin sona ermesi dolayısıyla yeniden uzatılması da gündeme gelmediğinden Geçici Madde 10 f. 5 hükmü ihdas edilmiştir. Başka bir ifadeyle Geçici Madde 10 f. 5 hükmü, Geçici Madde 9 f. 6 hükmüyle oluşan belirsizliği ortadan kaldırmaktadır³¹. Bu doğrultuda 31.07.2023 tarihi itibarıyla bu fıkra kapsamına giren hükümlüler hakkında açık ceza infaz kurumu rejimi uygulanacaktır.

Kural olarak açık ceza infaz kurumlarıyla hükümlülerin iyileştirilmeleri, çalıştırılmaları ve meslek edindirmelerini önceleme amaç-

²⁹ Şen/Berkün, Koşullu Salıverilme Denetimli Serbestlik..., s. 234.

³⁰ Atalay, s. 1237.

³¹ Doktrinde Geçici Madde 9 f. 6 kapsamında bulunan hükümlüler açısından açığa gönderme terimi kullanılmıştır. İlgili hükümlülerin açığa ayrılmaya bağlı haklardan doğrudan yararlanamaması buna gerekçe olarak gösterilmektedir. Bkz Özdemir, s. 403; Geçici Madde 9 f. 6 hükmü "gönderilen" ifadesine yer verirken Geçici Madde 10 f. 5 hükmü ise "ayrılan" ifadesini ihtiva etmektedir. Lafzi yorumdan hareket edildiğinde Geçici Madde 9 f. 6'daki düzenlemenin Geçici Madde 10 f. 5 hükmüyle tamamlandığı sonucuna ulaşılır.

lanmıştır³². Fakat geçici maddelerle açık ceza infaz kurumuna ayrılmaların kolaylaştırılması, bu kurumların bu amaçları ne ölçüde yerine getirdiğini tartışmalı kılmaktadır.

B-Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda Bulunan Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumuna Ayrılmaları

1- Genel Olarak

Yukarıda belirtildiği üzere Geçici Madde 9 6. fıkrası uyarınca TCK'nın İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, 4., 5., 6., ve 7. bölümlerinde yer alan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçların kapsam dışı tutulduğu görülmektedir. Aynı hüküm Geçici Madde 10 f 6'da yer almaktadır. Fakat Geçici Madde 9 6. fıkrası uyarınca bu suçlardan mahkûm olanların açık ceza infaz kurumuna ayrılmaları zaten mümkün değildir. Bu bahisle aynı düzenlemenin Geçici Madde 10 f. 6'da yer verilmesinin bir mantığı da bulunmamaktadır.

Burada esas sorun kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayılma yönünden ortaya çıkmaktadır. Geçici Madde 10 f. 6'nın ilk cümlesiyle, yukarıda sayılan suçlardan mahkûm olanları kapsam dışı bırakmakla birlikte, 31/7/2023 tarihi itibarıyla kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerden, toplam hapis cezası on yıldan az ise bir ayını, on yıl ve daha fazla ise üç ayını bu kurumlarda geçirip ilgili mevzuat uyarınca açık ceza infaz kurumlarına ayrılmasına üç yıl veya daha az süre kalanların, bu şartların oluştuğu tarih itibarıyla açık ceza infaz kurumlarına geçmelerine imkan tanınmıştır. Açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarıyla ilgili hükümler derhal uygulama ilkesine tabi olduğundan lehe değerlendirmeler geçerli değildir³³. Ancak Geçici Madde 10 f. 6'nın hükümlü lehine düzenlemeler getirdiği izahattan varestedir.

Madde hükmünde yer alan "... ilgili mevzuat uyarınca" neyin kastedildiği açık olarak belirtilmese de atıf yapılan düzenlemelerin açık ceza infaz kurumlarını düzenleyen CGTİHK'nın 14. maddesi ve "Açık

³² Erdoğan, s. 913.

³³ Erdoğan, s. 327.

Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği”³⁴ (ACİKAY) olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bahse konu fıkra hükmünün uygulanmasında bu hem CGTİHK’nın 14. maddesine hem de Yönetmelik hükümlerine başvurulacaktır. Örneğin, Geçici Madde 10 f. 6’da hükümlünün iyi halli olmasının yer almaması bir eksiklik teşkil etmemektedir. Çünkü bahse konu 14. maddenin f. 3’te ve Yönetmelik’in 6. maddesinde açık ceza infaz kurumuna ayrılacak hükümlülerin iyi halli olmaları gerektiğine vurgu yapılmıştır. Bu durumda idare ve gözlem kurulunun hükümlünün iyi halli olduğunun tespiti yönünde bir karar vermesi gerektiği aşikardır. Öte yandan Geçici Madde 10 hükmünün uygulanabilmesinde Yönetmelik’teki olumsuz şartların da yer almaması gerektiği belirtilmelidir. Örneğin, kapalı ceza infaz kurumundan firar edenler ile açık ceza infaz kurumlardan ikinci kez firar etmiş olanların, firar tarihinden önce kesinleşmiş olan cezaları kapalı ceza infaz kurumunda infaz edilir (CGTİHK m. 14, f. 5-a; ACİKAY m. 8, f. 2-c). Bu örnekteki hükümlüler Geçici Madde 10 hükmünden yararlanamazlar.³⁵ Nitekim Kanun koyucu tarafından tehlikeli görülen bu hükümlüler, kapalı ceza infaz kurumuna alınmakta ve denetimli serbestlik tedbirinden yararlanmalarına da mâni olunmaktadır.³⁶

Doğrudan açık ceza infaz kurumuna ayrılacak hükümlüler dışında kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılma da yetkili makam olan idare ve gözlem kurulunun (CGTİHK m. 14, f. 3; ACİKAY m. 10) takdir yetkisini haiz olduğu belirtilmelidir.³⁷ Fıkra hükmünde yer alan “...ayrılabilir” ifadesinden hareketle idare ve göz-

³⁴ 28399 RG, 02.09.2012.

³⁵ Buna karşılık açık ceza infaz kurumundan bir defa firar etmiş olanların tekrar açık ceza infaz kurumuna geçebilmeleri için Yönetmelik’in 13. maddesinin f. 2’deki şartların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, hücreye koyma disiplin cezasının infaz edilip kaldırılmasından itibaren Yönetmelikte aranan diğer şartlara uyduğu ve bir daha firar etmeyeceği değerlendirildiği takdirde, hükümlü açık ceza infaz kurumuna ayrılacaktır. Bu hüküm uyarınca disiplin cezasından kaldırılmasının akabinde hükümlünün bir daha firar etmeyeceği konusu da değerlendirmeye tabidir. Bkz. Aras/Güverçin, s. 113; O halde 31.07.2023 tarihinden önce Yönetmelik’teki bu şartlar yerine gelmişse bir defa firar eden hükümlünün Geçici Madde 10 hükmünden yararlanabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

³⁶ Faruk Turhan/Abdurrahim Altıkat, “Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C.2, S.2, s. 22.

³⁷ Turhan/Altıkat, s. 20.

lem kurulunun takdir yetkisinin burada rol oynadığına vurgu yapılmalıdır. Bu noktada idare ve gözlem kurulu koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle açık ceza infaz kurumuna ayrılmama yönünde karar verilebilir.

Geçici Madde 10 f. 6'nın ilk cümlesinde kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılmada talep şartının yer almadığı görülse de bu durum bir eksiklik teşkil etmemektedir. Yine "*ilgili mevzuat uyarınca*" Yönetmelik'in 10. maddesinin f. 1 hükmü uyarınca kapalı kurumlarda bulunan hükümlülerin, talepleri üzerine, koşulları taşıdıklarının anlaşılması halinde idare ve gözlem kurulu tarafından, haklarında açık ceza infaz kurumuna ayrılmalarına karar verilmeleri mümkün kılınmıştır.³⁸

CGTİHK'nın 14. maddesine bakıldığında kapalı ceza infaz kurumlarından açık ceza infaz kurumlarına ayrılma açısından bir süre koşulu getirilmediği bu hususun Yönetmelik'e bırakıldığı görülmektedir³⁹ ki bu husus maddenin 6. fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Yönetmelik'te yer alan düzenlemelere bakıldığında ise açık ceza infaz kurumuna ayrılma açısından odak noktasının kişinin koşullu salıverilmesi tarihi olduğuna işaret edilmiştir. Başka bir anlatımla hükümlünün koşullu salıverilme tarihi esas alınarak ne kadar süreyle kapalı ceza infaz kurumunda kalacağı ve açık ceza infaz kurumuna ne zaman ayrılacağı belirlenir. Hükümlülerin kapalı infaz kurumunda geçirmesi gereken süreler tespit edilirken, gözaltı ve tutuklukta geçen ve mahsuba tabi süreler de dikkate alınacaktır.⁴⁰

Geçici Madde 10 f. 6'da "*toplam*" hapis cezasına atıfta bulunulmuştur. Yönetmelik'in 6. maddesinde de aynı husus geçerlidir. Kural olarak bir kişi hakkında hükmolunan her bir ceza diğerinden bağımsız olup varlıklarını ayrı ayrı korumaktadır. Ancak kişi hakkında birden fazla kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü varsa, koşullu salıverilmenin

³⁸ Yönetmelik'in 10. maddesinin f. 1'de talep şartı olsa da istisnası maddenin f. 7'de gösterilmiştir. İlgili fıkra şu şekilde düzenlenmiştir:

"Hükümlülerin talebi olmasa dahi, açık kurumda barınmalarında risk bulunmadığı takdirde ve bu Yönetmelikte belirtilen şartları taşımaları halinde idare ve gözlem kurulunun vereceği açığa ayırma kararı üzerine Cumhuriyet başsavcılığınca resen açık kuruma gönderilir."

³⁹ Aras/Güverçin, s. 87.

⁴⁰ Özdemir, s. 387.

uygulanması açısından infaz hakimliğinden bir toplama kararı istenecektir (CGTİHK m. 99). Yalnızca koşullu salıverilmenin gündeme gelmesi halinde bu hüküm uygulanabilecektir.⁴¹ Buna karşılık bu fıkra da yer alan “*toplama*” ifadesini ise cezaların içtimana yönelik getirilen özel bir hüküm gibi algılamak gerekir.⁴² Diğer bir ifadeyle kanun koyucu cezaların içtimanın koşullu salıverilme haricinde başka kurumlar bakımından da uygulanabileceğine dair istisnai hükümler getirebilir.⁴³ Hükümlü hakkında birden fazla kesinleşmiş hapis cezası varsa bunların toplamının 10 yılı aşır aşmadığı dikkate alınacaktır. Bu hüküm uygulanırken Yönetmelik’in 6. maddesinin f. 3’e de riayet edilmelidir. Buna göre birden fazla cezanın toplanması halinde açık ceza infaz kurumuna ayrılmada esas alınacak suç; koşullu salıverilme tarihine kadar en az sürenin, yani hükümlünün daha fazla ceza infaz kurumunda kalmasının arandığı suçtur. Geçici Madde 10 hükmü uygulanırken bu fıkraya ilişkin düzenleme de “...*ilgili mevzuat gereğince*” dikkate alınmalıdır.

Geçici Madde 9 f. 6 hükmü koşullu salıverilme tarihini değil, bilakis açık ceza infaz kurumuna ayrılmalarına 1 yıl veya daha az süre kalmayı esas almıştır. Bu bahisle açık ceza infaz kurumuna ayrılma 1 yıl öne alınmıştır. Dolayısıyla bu düzenlemenin Yönetmelik’teki düzenlemeden farklı bir usul öngördüğü ifade edilmelidir.

Geçici Madde 10 f. 6 hükmü bir bütün olarak incelendiğinde kapalı ceza infaz kurumunda kalan hükümlülerin belirli şartlar dahilinde öncelikle açık ceza infaz kurumuna ayrılmalarını ve açık ceza infaz kurumuna ayrıldıktan sonra da denetimli serbestlikten yararlanmalarını düzenlemektedir. Geçici Madde 10 6. fıkrası ise Geçici Madde 9 6. fıkrasında yer alan öne almanın kapsamını daha da genişletmiştir.

Mezkûr fıkra hükmünün anlaşılabilmesi için birkaç uygulama örneği aşağıda sunulmuştur. Bu örnekler incelenirken bazı suç tiplerinden hareket edilmiştir. Nitekim Yönetmelik hükümleri incelendiğin-

⁴¹ Özbek, İnfaz Hukuku, s. 446.

⁴² Fatma Umay Genç/Osman Gazi Ünal, “7242 sayılı Kanun Değişiklikleri Işığında Özel İnfaz Usullerinden Biri Olarak Konutta İnfaz”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2022, S.193, s. 71.

⁴³ Benzeri düzenlemeler, CGTİHK’nın çeşitli maddelerinde de yer almaktadır (CGTİHK m. 14, f. 4, m. 16/A, m. 89, f. 3, m. 110, Geçici Madde 9).

de, bazı suç tipleri bakımından koşullu salıverilmeye kalan sürelerin birbirinden farklı olarak düzenlendiği görülmektedir.⁴⁴ Bu örneklerin sunulma amacı ise, hükmün somut bir şekilde anlaşılmasına katkı sunmaktır.

2- Uygulama Örnekleri

a- Kasten Öldürme Suçu Dolayısıyla Verilen Müebbet Hapis Cezası

Kasten öldürme suçundan dolayı kişi, müebbet hapis cezasına mahkûm olduğunda CGTİHK'nın 107. maddesine göre 24 yılını infaz kurumunda çektikten sonra koşullu salıverilecektir. Bu durumda ACİKAY, 6. maddesinin f. 1-b⁴⁵ hükmü uyarınca koşullu salıverilme tarihine kadar 5 yıl ve daha az süre kalan hükümlü açık ceza infaz kurumuna geçme imkanına kavuşacaktır. Böylelikle hükümlü 19 yılını kapalı ceza infaz kurumunda geçirdikten sonra iyi halli olması halinde açık ceza infaz kurumuna ayrılacaktır. Açık ceza infaz kurumunda 4 yıl kaldıktan sonra hükümlü, yani koşullu salıverilmesine 1 yıl kala denetimli serbestlik tedbirinden (CGTİHK m. 105/A) yararlanabilecektir. Geçici Madde 9 f. 6 söz konusu olduğunda *"ilgili mevzuat uyarınca açık ceza infaz kurumlarına ayrılmalarına bir yıl veya daha az süre kalanlar"* ibaresi ACİKAY, 6. madde f. 1-b ile birlikte yorumlanmalıdır. Bu durumda ilk koşul olarak 3 ay kapalı ceza infaz kurumunda kaldıktan ve ikinci koşul olarak toplamda 18 yıl kapalı ceza infaz kurumunda infaz yerine getirildikten sonra hükümlü açık ceza infaz kurumuna ayrılabilir. Bu bakımdan Geçici Madde 9 f. 6 kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılışı 1 yıl öne çekmektedir. Fakat Geçici Madde 9 f. 6 ise denetimli serbestlik tedbirinin süresine dair bir düzenleme ihdas etmemiştir.

Bu örneğe Geçici Madde 10 f. 6 uygulandığında, hapis cezasının müebbet ve süre itibarıyla 10 yıldan fazla olduğu nazara alındığında hükümlü, ilk koşul olarak 3 ay, ikinci koşul olarak toplam 16 yıl kapalı ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra açık ceza infaz kurumuna

⁴⁴ Özdemir, s. 390.

⁴⁵ İlgili hüküm aynen şu şekildedir: "Hükümlülerden; ...Müebbet hapis cezasına mahkûm olup, koşullu salıverilme tarihine beş yıl veya daha az süre kalanlar, ... açık kurumlara ayrılabilir."

ayrılacaktır. Geçici Madde 10 f. 6 uyarınca hükümlü, açık ceza infaz kurumunda 4 yıl kaldıktan sonra talep üzerine denetimli serbestlik tedbirinden 3 yıl erken yararlanacaktır. Bu durumda koşullu salıverilme tarihinden toplamda 4 yıl öncesinden denetimli serbestlik tedbiri (CGTİHK m. 105/A) uygulanabilecektir. Dolayısıyla Geçici Madde 10 f. 6 kapsamında denetimli serbestlik tedbiri (CGTİHK m. 105/A) 4 yıl öncesinden uygulanabilecektir.

b- Kasten Öldürme Suçundan Verilen 24 Yıl Hapis Cezası

Bu durumda koşullu salıverilme oranı CGTİHK'nın 107. maddesinin f. 2-a gereği 2/3'tür. Bu durumda hükümlü 16 yıl ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra koşullu salıverilmeden yararlanabilecektir. Koşulları varsa ve talebi doğrultusunda hükümlü, koşullu salıverilmesine 1 yıl kala denetimli serbestlik tedbirinden (CGTİHK m. 105/A) yararlanarak salıverilebilir. Normal koşullarda verilen ceza 10 yıldan fazla olduğu için Yönetmelik (ACİKAY, m. 6, f. 1-a) hükmü uyarınca 1/10 oranında ve koşullu salıverilmesine 7 yıl kalan hükümlü açık ceza infaz kurumuna ayrılacaktır. Bu durumda hükümlünün toplam olarak 9 yıl kapalı ceza infaz kurumunda kalması gerekmektedir. 9 yıl kapalı ceza infaz kurumunda kalan hükümlü açık ceza infaz kurumuna ayrılacaktır. Geri kalan 6 yıl açık ceza infaz kurumunda kalan hükümlü infazının 15. yılında denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilecektir.

Geçici Madde 9 f. 6 uyarınca ilk koşul olarak hükümlü 3 ay kapalı ceza infaz kurumunda kalmalıdır. İkinci koşul olarak atıf yapılan Yönetmeliğin (ACİKAY m. 6, f. 1-a) ilgili hükmü dikkate alındığında hükümlünün toplamda 8 yıl kapalı ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra açık ceza infaz kurumuna ayrılması sağlanacaktır.

Geçici Madde 10 f. 6. bakımından hükümlü, ilk koşul olarak 3 ay ve ikinci koşul olarak 6 yıl kapalı ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra açık ceza infaz kurumuna ayrılma imkanına kavuşacaktır. Bu halde hükümlü açık ceza infaz kurumunda 6 yıl kaldıktan sonra talebi dahilinde denetimli serbestlik tedbirinden 3 yıl erken yararlanacaktır. Daha açık bir ifadeyle hükümlü kasten öldürme suçundan dolayı almış olduğu 24 yıl hapis cezasından Geçici Madde 10 f. 6 dahilinde 6 yılını kapalı, 6 yılını ise açık ceza infaz kurumunda çektikten sonra hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilecektir.

c- Kasten Öldürme Suçuna Teşebbüsten Verilen 15 yıl Hapis Cezası

Bu durumda da koşullu salıverilme oranı 2/3'tür (CGTİHK m. 107, f. 2-a). Dolayısıyla kişi 10 yıl sonra koşullu salıverilecektir. Bununla birlikte hükümlü infazının 9. yılında denetimli serbestlik imkanından faydalanabilir. İlk koşul olarak 1,5 yıl ve ikinci koşul kapsamında koşullu salıverilmeye 7 yıl kala, yani toplamda 3 yıl kapalı ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra açık ceza infaz kurumuna ayrılacaktır.

Geçici Madde 9 f. 6 açık ceza infaz kurumuna ayrılmayı 1 yıl erkene almaktadır. Bu durumda hükümlü, 2 yıl kapalı ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra açık ceza infaz kurumuna ayrılacaktır. Akabinde 7 yıl hükümlü açık ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra hükümlü denetimli serbestlik tedbiri için talepte bulunabilir.

Geçici Madde 10 f. 6 bu örneğe uygulandığında hükümlü ilk koşul olarak 3 ay kapalı ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra derhal açık ceza infaz kurumuna ayrılacaktır. Zira fıkra hükmünde belirtilen koşullar ACİKAY'ın 6. maddesinin f. 1-a'daki "*koşullu salıverilme tarihine 7 yıl ve daha az kalma*" koşulu fiilen uygulanamaz hale gelmiştir. Bununla birlikte hükümlü, 3 ay kapalı ceza infaz kurumunda ve geriye kalanı açık ceza infaz kurumunda çektikten sonra, başka bir ifadeyle ceza infaz kurumuna girdikten toplam 6 yıl sonra denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilecektir.

d- Kasten Yaralama Suçundan (TCK m. 86) Verilen 6 Yıl Hapis Cezası

Kasten yaralama suçundan verilen ve kesinleşen 6 yıllık hapis cezası açısından koşullu salıverilme süresi mahkûm olunan hapis cezasının yarısı (CGTİHK m. 107, f. 2) olan 3 yıldır. Ancak hükümlü 2 yıl sonra denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilecektir (CGTİHK m. 105/A). İlaveten bu hükümlünün cezasının infazı doğrudan açık ceza infaz kurumlarında yerine getirilmez. Nitekim Yönetmelikte yer alan bir hüküm (ACİKAY m. 5, f. 1-a) buna engel oluşturur. ACİKAY 6. maddesinin f. 1-a uyarınca cezası on yıldan az olan hükümlüler, bir ayını kapalı ceza infaz kurumunda bulunarak ve koşullu salıverilme tarihine yedi yıl veya daha az süre kalması şartıyla açık ceza infaz kurumuna ayrılabilirler. Hükümlünün almış olduğu cezanın 6 yıl olduğu

nazara alındığında, 1 ay süreyle kapalı ceza infaz kurumunda bulunduktan sonra açık ceza infaz kurumuna ayrılmasına bir engel yoktur. Bu durumda hükümlü 1 ayını kapalı ve kalan 23 ayını ise açık ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilir.⁴⁶

Geçici Madde 9 f. 6 uygulandığında, mahkûm olunan süre 10 yıldan az olduğu için verilen hapis cezasının 1 ayını kapalı ceza infaz kurumunda geçirdikten sonra açık ceza infaz kurumuna ayrılacaktır. Bu durumda Geçici Madde 9 f. 6 uygulanırken, Yönetmeliğin ilgili hükümünün (ACİKAY m. 6) uygulanmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Öte yandan açık ceza infaz kurumuna ayrılan hükümlünün Covid-19 salgını sürecinde Geçici Madde 9 f. 5 uyarınca açık ceza infaz kurumuna ayrıldığı an itibarıyla izinli sayıldığı hususu unutulmamalıdır.

Geçici Madde 10 f. 6 nazara alındığında kasten yaralama suçundan verilen 6 yıl hapis cezasına mahkûm edilen kişinin yine hapis cezasının 1 ayını kapalı ceza infaz kurumunda geçirmesi şarttır. Akabinde hükümlü açık ceza infaz kurumuna ayrılacaktır. Bu hüküm denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasını 3 yıl öne almış olduğundan hükümlünün ceza infaz kurumunda toplam 2 yıl bulunması mecburiyeti ortadan kalkmıştır. Hükümlü açık ceza infaz kurumunda 3 ay kaldıktan sonra denetimli serbestlik tedbirinden yararlanma imkanına kavuşacaktır.

e- Çocukların Cinsel İstismarı (TCK m. 103) Suçundan Verilen 16 Yıl Hapis Cezası

Cinsel istismar suçundan dolayı verilen ve kesinleşen 16 yıl hapis cezası bakımından iyi halli hükümlünün koşullu salıverilme süresi CGTİHK'nın 108. maddesinin f. 9'a göre belirlenir. Bu durumda mahkûm edilen hapis cezasının süresinin 4'te 3'ü esas alınır ki hükümlü 12 yıl sonra koşullu salıverilmeden yararlanacaktır. Keza

⁴⁶ Bununla birlikte kasten yaralama suçundan dolayı verilen mahkûmiyet hükmü TCK'nın 86. maddesinin f. 3-a uyarınca verilmiş ve kesinleşmişse, bu durumda açık ceza infaz kurumuna ayrılabilmek için koşullu salıverilme tarihine 7 yıl değil, bilakis 3 yıldan az süre kalmış olması gerekir (ACİKAY m. 6, f. 2-b). Dolayısıyla koşullu salıverilme oranı (CGTİHK m. 107, f. 2) mahkûm olunan sürenin yarısı olduğu dikkate alındığında hükümlü bir ay kapalı ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra yine açık ceza infaz kurumuna ayrılacaktır.

CGTİHK 105/A maddesi gereği hükümlü koşullu salıverilmesine 1 yıl kala denetimli serbestlik tedbirinden yararlanma imkanına kavuşacaktır. Hükümlünün açık ceza infaz kurumuna ayrılabilmesi için mezkûr Yönetmelik'in (ACİKAY m. 6., f. 2-b) yer alan düzenlemeyi esas alınmalıdır. Bu itibarla hükümlünün açık ceza infaz kurumuna ayrılabilmesi için koşullu salıverilme tarihine 3 yıldan az süre kalması gerekir. Nihayetinde hükümlü 9 yıl kapalı ceza infaz kurumunda ve 2 yıl süreyle açık ceza infaz kurumunda kalmasının akabinde denetimli serbestlik tedbirinden faydalanabilecektir.

Geçici Madde 9, f. 6'daki düzenleme açık ceza infaz kurumuna ayrılmayı 1 yıl erkene almaktadır. Bu durumda hükümlü 8 yıl kapalı ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra açık ceza infaz kurumuna geçebilecektir.

Geçici Madde 10 f. 6 ise hükümlü ilk koşul olarak 3 ay kapalı ceza infaz kurumunda kalmasını öngörmektedir. İkinci koşul olarak mezkûr fıkra hükümü açık ceza infaz kurumuna ayrılmayı 3 yıl öne çektiğinden hükümlü toplamda 6 yıl kapalı ceza infaz kurumunda kalacaktır. Hükümlü 6. yıldan 8. yılına kadar açık ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra denetimli serbestlik iyi halli olması durumunda denetimli serbestlik tedbirinden faydalanabilecektir.

f- Nitelikli Hırsızlık Suçundan (TCK m. 142) Verilen 6 Yıl Hapis Cezası

İyi halli olan hükümlünün koşullu salıverilmeden yararlanabilmesi için ceza infaz kurumlarında geçirmesi gereken süre 3 yıldır (CGTİHK m. 107, f. 2). Hükümlü, koşullu salıverilmesine 1 yıl kala, ilgili koşulları yerine getirdiğinde denetimli serbestlik tedbirine müraaat edebilecektir. İlgili ceza 6 yıl ve 10 yılın altında olduğundan hükümlü ilk koşul olarak kapalı ceza infaz kurumunda 1 ay kalmalıdır (ACİKAY m. 6, f. 1-a). Ancak nitelikli hırsızlık suçu bakımından hükümlü, açık ceza infaz kurumuna ayrılabilmesi için ayrıca koşullu salıverilme tarihine 5 yıldan az süre kalması gerekmektedir. Verilen örnekte koşullu salıverilme süresinin 5 yıldan az olduğu görülmektedir. Bu durumda hükümlünün açık ceza infaz kurumuna ayrılabilmesi için ilk koşul olan 1 ayını kapalı ceza infaz kurumunda bulunması yeterlidir.

Geçici Madde 9 f. 6 ise hükümlünün kapalı ceza infaz kurumunda kalması gereken süre bakımından herhangi bir değişiklik yapmamıştır. İyi halli olan hükümlünün kapalı ceza infaz kurumunda 1 ay kalması, açık ceza infaz kurumuna ayrılması için yeterli kabul edilecektir.

Geçici Madde 10 f. 6'da hükümlüye yönelik 1 aylık kapalı ceza infaz kurumunda kalma şartını korumuştur. Hükümlü açık ceza infaz kurumuna geçtikten sonra denetimli serbestlik tedbirinden erken yararlanabilmek için en az 3 ay bu kurumda kalmalıdır. Denetimli serbestlik tedbiri normal koşullarda koşullu salıverilmeye 1 yıl kala uygulanabileceken bahse konu fıkra hükmü bu durumu 3 yıl erkene almaktadır. Sonuç olarak hükümlü 1 ay kapalı ve en az 3 ay açık ceza infaz kurumunda bulunmak kaydıyla denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilecektir.

g- Nitelikli Yağma Suçundan (TCK m. 149) Verilen 12 Yıl Hapis Cezası

Hükümlü için kanunda yer alan koşullu salıverilme süresi mahkûm olan cezanın yarısıdır (CGTİHK m. 107, f. 2). Bu durumda hükümlü 6 yıl sonra koşullu salıverilmeden yararlanacaktır. Hükümlü infazının 5. yılında, talebi halinde denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilecektir (CGTİHK m. 105/A). Hükümlü 12 yıl hapis cezasına mahkûm olduğu için kapalı ceza infaz kurumunda kalması gereken süre bu sürenin onda biri olup 1,2 yıla tekabül etmektedir.⁴⁷ Ancak hükümlünün açığa ayrılabilmesi için koşullu salıverilmesine 5 yıldan az süre kalmış olması gerekir (ACİKAY m. 6, f. 2, bent a). Hükümlü kapalı ceza infaz kurumunda bu süre zarfında kaldıktan sonra koşullu salıverilmesine 5 yıldan daha az bir süre kaldığı için açık ceza infaz kurumuna ayrılabilmesi mümkündür.

Geçici Madde 9 f. 6 bu örnekle birlikte düşünüldüğünde hükümlü kapalı ceza infaz kurumunda 3 ay kalacaktır. Bu sürenin geçmesinden sonra iyi halli olan hükümlüler açık ceza infaz kurumuna ayrılacaktır. Nitekim kapalı ceza infaz kurumunda 3 ay bulduktan sonra açık ceza infaz kurumuna ayrılmak için hükümlünün süresi 1 yıldan azdır.

⁴⁷ Bu sürenin hesaplanmasında 12 yıl 144 aya tekabül etmekte olup onda biri hesaplandığında 1 yıl 2 ay 7 günlük bir miktara ulaşılır.

Geçici Madde 10 f. 6 hükümlünün durumunu açık ceza infaz kurumuna ayrılma bakımından değiştirmemektedir. Hükümlü yukarıda açıklandığı üzere kapalı ceza infaz kurumunda 3 ay kaldıktan sonra açık ceza infaz kurumuna ayrılmaya dair başvuruda bulunabilir. Denetimli serbestlik tedbiri için 5 yıl kapalı ve açık ceza infaz kurumunda kalması gereken hükümlü, bu fıkra hükmü uyarınca 3 yıl erken yararlanacaktır. Dolayısıyla hükümlü hakkında 2 yılın sonunda denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilecektir.

h- Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçundan (TCK m. 188) Verilen 20 Yıl Hapis Cezası

Hükümlü hakkında CGTİHK'nın 108. maddesinin f. 9'da yer alan özel koşullu salıverilme oranı uygulanacaktır. Bu oran mahkûm olunan cezanın 3/4'üdür. O halde hükümlü 15 yıl sonra koşullu salıverilmeden yararlanacaktır. Koşullu salıverilmeye 1 yıl kala, yani infazın 14. yılında denetimli serbestlik tedbiri hükümleri gündeme gelecektir. İlk koşul olarak ceza miktarı 10 yıldan fazla olduğu için bu cezanın onda biri olan 2 yıl kapalı ceza infaz kurumunda infaz gerçekleşmelidir (ACİKAY m. 6, f. 1-a). İkinci koşul olarak koşullu salıverilme tarihinin beş yıldan az süre kalması gerekmektedir (ACİKAY m. 6, f. 2-a). Bu durumda iyi halli olan hükümlü 10. yılında açık ceza infaz kurumuna geçme imkanına kavuşacaktır. Hükümlü açık ceza infaz kurumunda 4 yıl kaldıktan sonra hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilecektir.

Geçici Madde 9 f. 6 uyarınca ceza miktarı 10 yılın üzerinde olduğundan hükümlü ilk koşul kapsamında 3 ay kapalı ceza infaz kurumunda bulunmalıdır. Ayrıca ikinci koşul olarak ACİKAY 6. maddesinin f. 2-a'da yer alan düzenleme, bu fıkra hükmüyle birlikte nazara alındığında, hükümlü kapalı ceza infaz kurumunda toplamda 9 yıl kalacak ve ardından açık ceza infaz kurumuna ayrılabilir. Hükümlü açık ceza infaz kurumunda 5 yıl kaldıktan sonra denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilecektir.

Geçici Madde 10 f. 6 uyarınca, hükümlü ilk koşul olarak mahkûm olduğu cezanın 3 ayını ve ikinci koşul olarak toplamda 7 yıl kapalı ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra açık ceza infaz kurumuna geçebilecektir. Zira ilgili fıkra hükmü Yönetmelik'teki açık ceza infaz kurumuna ayrılma koşulunu 3 yıl erkene almıştır. Hükümlü denetimli

serbestlik tedbiri bakımından 7 yıl açık ceza infaz kurumunda daha kalması gerekirken Geçici Madde 10 f. 6 fıkrası bu süreyi yine 3 yıl erkene almıştır. Bu itibarla hükümlü açık ceza infaz kurumuna ayrıldıktan 4 yıl sonra, denetimli serbestlik tedbirine başvurabilecektir. Başka bir anlatımla hükümlü hem kapalı hem de açık ceza infaz kurumunda olmak üzere toplam 11 yıl kaldıktan sonra hakkında denetimli serbestlik hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir.

IV. İNFAZIN ERTELENMESİNE, KOŞULLU SALIVERİLMEMEYE VE MÜKERRİRLERE ÖZGÜ İNFAZ REJİMİNE İLİŞKİN GETİRİLEN DÜZENLEMELER

A- İnfazın Ertelenmesine İlişkin Getirilen Düzenlemeler

Konuya ilişkin düzenleme Geçici Madde 10 f. 7'de yer almaktadır. Buna göre, Geçici Madde 10, f. 6'daki hüküm, 31/7/2023 tarihi itibarıyla, hapis cezasının infazı 16, 16/A ve 17'nci maddeleri kapsamında ertelenmiş olan (f. 7-a) ve hapis cezasının infazı durdurulmuş olan (f. 7-b), hükümlüler hakkında da uygulama alanı bulacaktır.

Öncelikle belirtilmelidir ki bu kapsama hapis cezasının ertelenmesi kurumunun (TCK m. 51) girmediği görülmektedir. Hapis cezasının ertelenmesi, cezanın bireyselleştirilmesi araçlarından biri olup bir infaz rejimi olarak anlaşılmaktadır. Ancak hükümlü ceza infaz kurumuna alınmayarak kurumun olumsuz etkilerinden uzak tutulmaktadır.⁴⁸ Hükümlü, cezasını toplumsal ortamda çekmekte ve ceza infaz kurumuna hiç girmemektedir. Bu yüzden hapis cezasının ertelenmesi kurumunun bu düzenlemeye dahil edilmemesi anlaşılabilir bir durumdur. Buna karşılık hükümlünün denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle infaz hakkının uyarısına rağmen uymamakta ısrar etmesi halinde cezanın kısım veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesi ihtimali doğacaktır. (TCK m. 51, f. 8). Cezası ertelenen hükümlünün bu durumda Geçici Madde 10 f. 7'de yer alan düzenlemeden yararlanması, TCK'nın bu hükmünün uygulanmasını fiilen imkânsız hale getirecektir.⁴⁹ İşbu ne-

⁴⁸ Özbek, İnfaz Hukuku, s. 374.

⁴⁹ Hapis cezasının ertelenmesi kararı uygulamada birçok kararda yer alsa da ertelenmeye konu hapis cezasının süresi bu hükmün uygulanmasını güçleştirmekte-

denle de Geçici Madde 10 f. 7 kapsamına hapis cezasının ertelenmesi kurumunun alınmadığı söylenebilir.

İlgili düzenleme denetimli serbestlik tedbirinin geniş bir şekilde uygulanışına hizmet etmektedir. Nitekim 31.07.2023 tarihi itibarıyla, hapis cezasının infazının ertelenmesi sebebiyle, ceza infaz kurumunda bulunmayan hükümlülerin, erteleme şartlarının ortadan kalkmasıyla tekrar ceza infaz kurumuna dönebilme ihtimali ortaya çıkmıştır. Bu ihtimal ceza infaz kurumlarında olup da bu düzenlemelerden ilgili hükümlüler yararlanabilirken cezalarının infazı ertelenmiş olan ve fakat infazı henüz gerçekleşmemiş veya başlamış ancak infazı durdurulmuş hükümlülerin faydalanamaması sorununu doğuracaktır. Ortaya çıkabilecek bu sorun eşitlik ilkesine aykırıdır. Sorunun çözümlenebilmesi amacıyla bu fıkra hükümü ihdas edilmiştir. Bu yüzden bu fıkra hükmünün düzenlenmiş olması bu anlamda isabetlidir.

Geçici Madde 10 f. 7-a uyarınca, hapis cezasının hastalık nedeniyle ertelenmesine (CGTİHK m. 16), çocuğunun hastalığı nedeniyle kadın hükümlünün cezasının ertelenmesine (CGTİHK m. 16/A) ve hükümlünün istemiyle infazın ertelenmesine dahil olan hükümlüler, Geçici Madde 10 f. 6'dan yararlanabilecektir. Geçici Madde 10 f. 7-b'de ise yalnızca "*hapis cezasının infazı durdurulmuş*" olan ibaresi yer almaktadır. İlgili bentteki ibarenin hangi maddeyi kastettiği açık bir şekilde belirtilmemiştir. Hapis cezasının infazının durdurulmasından anlaşılan husus; hükmün yorumunda veya cezanın infazında bir tereddüdün vuku bulması sonradan yürürlük kazanan kanunun lehe hükümler

dir. 2 yıl veya daha az hapis cezaları söz konusu olduğunda, koşullu salıverilme süresinin 7242 sayılı Kanun'la mahkûm edilen cezanın yarısı olarak belirlenmesi ve denetimli serbestlik tedbirleriyle kişinin erken salıverilmesi, buna gerekçe olarak gösterilebilir. Dosyaya bakan mahkeme hapis cezasının ertelenmesi kurumuna yer vermeden doğrudan hapis cezasına hükmedebilmektedir. Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi halinde hükümlü, birkaç gün ceza infaz kurumunda kalarak doğrudan denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilmektedir. Esasen bu durumun temel sebebi CGTİHK'nın 105/A maddesidir. Madde hükmünün eleştirisi için bkz. İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Mahmut Koca, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'nin Değerlendirilmesi" <https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=%E2%80%9Cceza-ve-guvenliktedbirlerinin-infazi-hakkinda-kanun-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanunteklifi%E2%80%9D-hakkinda-bilimsel-gorus.pdf>, Erişim Tarihi: 15.08.2023, s. 5, 6.

içermesi, olağanüstü kanun yolu veya yargılamanın yenilenmesinin işletilmesiyle hükümlü lehine neticelerin oluşması gibi durumlarda uyuşmazlık konusunun sona erdirilmesine ve infazın devamına karar verilene kadar cezanın infazının mahkemece durdurulmasıdır.⁵⁰ Buradan hareketle bu fıkradaki düzenlemeden CGTİHK'nın 17/A maddesindeki "*Mahkemece infazın ertelenmesi veya durdurulması*" başlıklı hükmün anlaşıldığı ileri sürülebilir. Fakat 17/A maddesinde yer alan düzenleme, birlikte işlenmiş olup da istinaf (CMK m. 280, f. 3) ve temyiz (CMK m. 306) incelemesi sırasında hükmün sanık lehine bozulması ve istinaf veya temyiz isteminde bulunmayan diğer sanıklara da sirayet ederek infazın ertelenmesi veya durdurulmasını ele almaktadır. Şayet hüküm bozulmuşsa istinaf veya temyiz kanun yollarına başvurmayan diğer sanıklar da hükmün bozulmasından yararlanabilme imkanına kavuşmuş olur.⁵¹ İşte bozma kararının verilme ihtimali karşısında mahkeme, infazın ertelenmesi veya durdurulması yoluna gidebilmektedir. Kanun koyucunun CGTİHK'nın 16., 16/A ve 17. maddelerine açıkça atıf yaparken CGTİHK 17/A maddesine atıf yapmaması oldukça ilginçtir. Madde gerekçesinde ise, "*...yargılanmanın yenilenmesi gibi nedenlerle hapis cezasının infazının durdurulmasına karar verildiği için 31/07/2023 tarihi itibarıyla ceza infaz kurumunda bulunmayan ancak altıncı fıkranın öngördüğü diğer şartları taşıyan hükümlüler hakkında da altıncı fıkra hükümleri uygulanabilecektir*" ifadesi yer almaktadır. Kural olarak yargılamanın yenilenmesi halinde hükmün infazını ertelemez, fakat mahkeme infazın geri bırakılmasına veya durdurulması yönünde karar verebilecektir (CMK m. 312). Madde gerekçesindeki "*yargılamanın yenilenmesi gibi nedenlerle*" ibaresini, örnek kabilinden sayıldığını anlamak mümkündür. Böylelikle CGTİHK 17/A maddesinin Geçici Madde 10 f. 7-b kapsamına dahil olduğu fikrindeyiz. Ayrıca Geçici Madde 10 f. 7-b kapsamına yalnızca CGTİHK 17/A maddesi girmemektedir. Bu noktada CGTİHK'nın 98. maddesine de bakmak gerekecektir. Buna göre, mahkûmiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında bir tereddüt doğarsa bunun giderilmesi için koşulları varsa mahkemedden (f. 1-a) veya infaz hakimliğinden (f.

⁵⁰ Erdoğan, s. 129.

⁵¹ Özbek, İnfaz Hukuku, s. 373; CGTİHK'da sayılan diğer erteleme kurumlarından farklı olarak burada infaz, infaz hakimi tarafından değil, bilakis hükmü veren mahkemece ertelenebilecektir.

1-b) bir karar istenecektir. Bu başvuru yargılamanın yenilenmesindeki gibi cezanın infazını ertelemez. Fakat mahkeme veya infaz hakimliği somut olayın özelliklerini dikkate alarak infazın ertelenmesine veya durdurulması yönünde karar verebilir (CGTİHK m. 98, f. 2). Dolayısıyla bu kapsama dahil olan hükümlüler de Geçici Madde 10 f. 7-b hükmünden faydalanabilirler.

Geçici Madde 10 f. 7'deki düzenlemenin başka bir açıdan problemli olduğu anlaşılmaktadır. İlgili düzenleme maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemeye de cari olması gerekirdi. Bu çerçeveden bakıldığında açık ceza infaz kurumuna ayrılma koşullarını taşıyan ve cezasının infazı ertelenen veya durdurulan hükümlü, 5 yıllık ek denetimli serbestlik tedbirinden yararlanamayacaktır.⁵² Ortaya çıkan bu durum, bir eksiklik teşkil etmekle birlikte Geçici Madde 10 f. 7 hükmünün diğer fıkralarla tutarlı ve dikkatli bir şekilde hazırlanmadığını göstermektedir.

B- Koşullu Salıverilme ve Mükerrirlere Özgü İnfaz Rejimine Dair Getirilen Düzenlemeler

Geçici Madde 10 f. 8 dolayısıyla koşullu salıverilmenin geri alınması (CGTİHK m. 107, f. 13) nedeniyle 31.07.2023 tarihinden önce cezası aynen infaz edilen hükümlüler, maddenin 6. fıkrasındaki düzenlemelerden yararlanamayacaktır. Bu bakımdan ilgili hükümlüler açık ceza infaz kurumuna 3 yıl erken ayrılamayacak veya denetimli serbestlik tedbirlerinden 3 yıl daha erken yararlanamayacaktır. Geçici Madde 10 f. 8 koşullu salıverilmedeki geri alınmasındaki aynen infazı esas almaktayken, CGTİHK'nın 107. maddesinin f. 13 hükmü ise geri alınma halinde infazın, aynen gerçekleşmediğini ifade etmektedir.⁵³ Aslında CGTİHK'nın 107. maddesinin f. 13 hükmü bir yandan ceza

⁵² Eleştiri için bkz. Arslan/Kayaççiçek, s. 26.

⁵³ Nitekim ilgili fıkranın a bendi;
"sonraki suçu işlediği tarihten itibaren başlamak ve hak ederek tahliye tarihini geçmemek koşuluyla sonraki işlediği her bir suç için hapis cezasının iki katı sürenin";
b bendi ise;
"yükümlülüklerine aykırı davranması halinde bu yükümlülükler uymama tarihi ile hak ederek salıverilme tarihi arasındaki süreyi geçmemek koşuluyla ihlalin niteliğine göre takdir edilecek bir sürenin" ceza infaz kurumunda çektirilmesini öngörmektedir

infaz kurumunda kalma bakımından süre kısıtlamasına yer verirken diğer yandan infazın kalan kısmının aynen çektirilmesi gibi çelişik bir durum yaratmaktadır.⁵⁴ Örneğin, 10 yıl hapis cezası alan bir hükümlü, koşullu salıverilmeden yararlandığında mahkum olunan sürenin yarısını (CGTİHK m. 107, f. 2) yani 5 yılını toplumsal ortamda çekebilecektir. Koşullu salıverilen hükümlü, denetim süresi olan 5 yıllık süre içerisinde örneğin kasten yaralama suçunu işler ve 1 yıl hapis cezasına mahkum edilir de bu hüküm kesinleşirse, koşullu salıverilme kararı geri alınacaktır. Bu durumda hükümlü, kalan cezayı aynen değil, fakat mahkûm olduğu cezanın 2 katı kadar süre, somut olay bağlamında 2 yıl daha ceza infaz kurumunda kalacaktır. Hükümlü bu takdirde geriye kalan cezası bakımından yine salıverilecektir.⁵⁵ Geçici Madde 10 8. fıkrası açısından koşullu salıverilme kararı geri alınan hükümlü, açık ceza infaz kurumuna ayrılamayacaktır. Yani hükümlü, örnek olay temelinde bu iki yıllık süreyi kapalı ceza infaz kurumunda geçirecek ve sonrasında salıverilecektir. Halbuki koşullu salıverilme kararı geri alınanların, geri alınan cezalarının tamamı, kapalı kurumlarda infaz edilir (ACİKAY m. 8, f. 2-a). Yönetmelikte zaten böyle bir hüküm varken Geçici Madde 10 f. 8'de ayrıca düzenlenmesinin bir mantığı yoktur.

Denetimli serbestlik tedbirleri hükümleri uygulanarak hükümlülerin salıverilmeleri, koşullu salıverilme öncesinde gerçekleşmektedir ki madde hükmü (CGTİHK m. 105/A) bu hususu vurgulamaktadır. Bu yüzden koşullu salıverilmenin geri alınması halinde hükümlünün erken denetimli serbestlik tedbiri imkanından yararlanmamasını düzenleyen Geçici Madde 10 f. 8'in gereksiz olduğu kanısındayız.

İkinci defa mükerrer olup 31.07.2023 tarihi itibarıyla bu cezanın infazı için infaz kurumunda bulunan hükümlüler de Geçici Madde 10 f. 6'daki hükümlerden yararlanamayacaktır. Dolayısıyla ikinci defa mü-

⁵⁴ 7242 sayılı Kanun'un 48. maddesiyle CGTİHK'nın 107. maddesinin f. 13'e getirilen bu değişiklik doktrinde eleştirilmiştir. Bkz. Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 15. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 634 vd.; Diğer eleştiriler için bkz. Şen/Berkün, Koşullu Salıverilme Denetimli Serbestlik..., s. 159 vd.

⁵⁵ Bu durumda CGTİHK'nın 107. maddesinin f. 13'ün son cümlesindeki "Koşullu salıverilme kararının geri alınmasından sonra aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme kararı verilmez" şeklindeki düzenlemenin fiili olarak bir anlamının olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Koca/Üzülmöz, s. 636.

kerrir olanlar açık ceza infaz kurumuna ayrılamayacaktır. Bu düzenlemenin de hatalı olduğu kanısındayız. Zira ikinci defa mükerrir olanların açık ceza infaz kurumuna ayrılmaları mümkün değildir (CGTİHK m. 14, f. 2-a; ACİKAY m. 8, f. 1-b). İkinci defa mükerrirler açısından koşullu salıverilme yasağı öngörüldüğü (CGTİHK m. 108, f. 3) ve denetimli serbestlik tedbirinin de koşullu salıverilme tarihine göre uygulandığı nazara alındığında ikinci defa mükerrirler, denetimli serbestlik tedbirinden yararlanmayacaktır. Başka bir ifadeyle koşullu salıverilme yasağının olduğu bir yerde CGTİHK'nın 105/A maddesinin ve dolayısıyla bu durumu erkene alan diğer düzenlemelerin uygulanmayacağı izahtan varestedir. Nihayetinde Geçici Madde 10 f. 8'deki düzenlemenin bu yönüyle de hatalı olduğunu belirtmek lazım gelir.

Geçici Madde 10 f. 8'in son cümlesinde *"Bu hükümlülerin 31.07.2023 tarihi itibarıyla kesinleşmiş ancak infaz edilmemiş diğer hapis cezaları bakımından altıncı fıkra hükümleri uygulanır"* şeklindeki bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeyle koşullu salıverilme kararı geri alınan veya haklarında ikinci defa tekerrür hükümleri uygulanana hükümlülerin diğer hapis cezalarının infazı açısından hak kaybına uğramaması hedeflenmiştir. Bu husus madde gerekçesinde açıkça belirtilmiştir.

Burada tartışılması gereken bir başka sorun daha mevcuttur. 7242 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu Geçici Madde 9 hükmü 30.03.2020 tarihinden önce işlenen suçları esas almaktadır. Bu bakımdan maddenin yürürlüğe girdiği tarihte hükümlüye verilen mahkûmiyet hükmünün kesinleşip kesinleşmemesi değil, suçun işlendiği tarih önemlidir. İstisna sayılan suçlar hariç olmak üzere mahkûmiyet hükmü 30.03.2020 tarihinden sonra kesinleşse dahi suçun işlendiği tarih 30.03.2020 tarihinin öncesine tekabül ediyorsa Geçici Madde 9 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık Geçici Madde 10 hükmü işlenen suç tarihini esas almamaktadır. Önemli olan 31.07.2023 tarihi itibarıyla hükmün kesinleşmiş olmasıdır. Böyle olunca hükümlü, 31.07.2023 tarihinden önce kesinleşmek kaydıyla, mahkûmiyet hükmünün infazı henüz başlamadan da Geçici Madde 10 hükmünden yararlanabilecektir. Bu doğrultuda mahkûmiyet hükmü 31.07.2023 tarihi öncesinde kesinleşmiş ancak kendisine çağrı kağıdı gönderilmemiş veya gönderilmiş olup da hükümlünün buna icabet etmemesi ya da doğrudan yakalama emri çıkarılmış ama yakalamanın olmaması (CGTİHK m. 19) halinde Geçici Madde 10 hükmünün uygulanmasına devam edilecektir. Buna karşılık

31.07.2023 tarihinden önce mahkûmiyet hükmü verilmiş olup da kesinleşmemiş olan hükümlüler hakkında Geçici Madde 10 hükmü uygulanamayacaktır. Diğer bir anlatımla madde hükmünün f. 6' da yer alan daha erken şekilde açık ceza infaz kurumuna ayrılma ve denetimli serbestlik tedbirinden yararlanma halleri, bu hükümlüler için söz konusu olmayacaktır.⁵⁶ Geçici Madde 10 hükmü tutukluluk hali ile ilgili bir düzenleme getirmemiştir.⁵⁷ Ancak bu durum hükmen tutukluluk hali açısından büyük bir sorun oluşturmaktadır. Ortada kesinleşmemiş bir mahkûmiyet hükmü olsa da Geçici Madde 10 kapsamında bir hükümlülükten bahsedilemez. Ayrıca hükmen tutuklu olan kimse, 31.07.2023 tarihi itibarıyla Geçici Madde 10 hükmündeki düzenlemelerden yararlanabilmek için kanun yoluna başvurmadan vazgeçerek mahkûmiyet hükmünü kendi aleyhine kesinleştirebilir. Bu durumda kanun yolu denetiminden geçmemiş, ancak kesinleştirilmiş bir hüküm söz konusu olacaktır. Böyle bir ihtimalin sanığın kanun yoluna başvurma hakkıyla, yani hak arama özgürlüğü ile bağdaşmadığı açıktır. Ayrıca tutuklulukta geçirilen sürenin infaz kurumunda geçirilmesi gereken süreden mahsup edildiği dikkate alındığında, tutuklu sanığın madde hükmünden yararlanamamasının izahının güç olduğuna vurgu yapılmıştır.⁵⁸ Sonuç olarak Geçici Madde 10 hükmünde suç tarihinin değil, belirli bir tarihten önce mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olmasının aranması hatalı bir düzenlemedir. Oysa ki Geçici Madde 9 hükmündeki gibi suçun işleniş tarihini temel alan bir düzenleme dikkate alınsaydı, daha tutarlı ve bütüncül bir yaklaşım sergilenmiş olurdu. İlâveten yine suçun işleniş tarihi esas alınsaydı, daha fazla hükümlü bu düzenlemelerden yararlanmış olacaktı. Ancak Kanun koyucu konuyu, Covid-19 pandemisi kapsamında izinli sayılan ve kapalı ceza infaz kurumunda

⁵⁶ Arslan/Kayanççek, s. 24 vd. Ayrıca yazarlar, cezalar arasında kesinleşen-kesinleşmeyen ikiliğinin yaratıldığını, koşullu salıverilmeye tabi olmayan cezaların yalnızca ikinci defa tekrür ve koşullu salıverilmeden geri alınan cezalarla sınırlı olmamasının uygulamada güçlülere sebebiyet vereceği fikrindedirler. Bkz. Arslan/Kayanççek, s. 28.

⁵⁷ 7242 sayılı Kanun'la getirilen değişikliklerde tutukluluk haliyle ilgili bir belirlenimin yapılmamasından hareketle cezaevinde kalan hükümlü ve tutukluların bu virüs salgınından zarar görmemesinin amaçlandığı yönünde bir kanaat oluşumunu zor hale geldiğine değinilmektedir Bkz. Alan Akcan, s. 635 vd. Bu doğrultuda Geçici Madde 10 hükmünün hazırlanırken tutuklu olanların dikkate alınmadığı sonucuna ulaşmamız mümkündür.

⁵⁸ Arslan/Kayanççek, s. 25.

bulunan belli hükümlülerle sınırlı tutmak arzusundadır. Her ne kadar getirilen düzenlemeyle birçok hükümlünün tahliyesine imkân sağlanmışsa da bunun sınırlı ve geçici bir rahatlama sağlayan bir düzenleme olduğu unutulmamalıdır. Bu bağlamda 7242 sayılı Kanun'la getirilen değişikliklere yönelik eleştirilerin halen devam ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.⁵⁹

Geçici Madde 10 f. 8'de yer alan hüküm, koşullu salıverilmenin geri alınan veya ikinci defa mükerrir olanlarla sınırlıdır. Denetimli serbestlik tedbirinin kaldırılması ise bu iki kurumdan farklılık arz eder. Denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uymayan kişinin bu tedbirden yararlanma imkânı ortadan kaldırıldığında açık ceza infaz kurumuna gönderilmesi söz konusudur (CGTİHK m. 105/A, f. 6). Bu yüzden Geçici Madde 10 f. 8'deki mevcut hükmün, denetimli serbestlik tedbirinden yararlanma hali ortadan kaldırılmasında herhangi bir etkisinden söz edilemez.⁶⁰

V. GEÇİCİ MADDE 10 HÜKMÜNÜN ADLİ PARA CEZALARI (CGİTHK M. 106) VE ÇEK KANUNU'NUN 5. MADDESİNİN F. 11 HÜKMÜ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bilindiği üzere, 6545 sayılı Kanun'la getirilen değişiklik öncesinde adli para cezaları tebliğ edilen ödeme emri üzerine belli süre içerisinde ödenmezse, Cumhuriyet savcısının kararıyla ödenmeyen kısma tekabül eden gün miktarınca hükümlü, açık ceza infaz kurumuna gönderilmekteydi. Buradaki hükümlünün açık ceza infaz kurumuna alınması zorlama (tazyik) hapsi niteliğindedir.⁶¹ 6545 sayılı Kanun'un 81. maddesiyle CGTİHK'nın 106. maddesinin f. 3 ve f. 8'de önemli değişiklikler vuku bulmuştur. Bu haliyle ödenmeyen adli para cezalarının infazına yönelik ilk etapta tazyik hapsi uygulanmayacaktır. Hükümlü, bir gün karşılığı olarak iki saat kamuya yararlı bir işte çalışmakla yükümlü tutulmuştur. Hükümlünün bu yükümlülüğü yerine getirmemesi sonucu tazyik hapsi gündeme gelecektir.

⁵⁹ Özgenç/Sözüer/Koca, s. 13.

⁶⁰ Şen/Berkün, "7456 sayılı Kanunla Getirilen Geçici İnfaz Usulü" s. 1.

⁶¹ Nitekim adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanamaz. Bu durumda da hapse çevrilmiş olmasına karşın hak yoksunlukları açısından esas alınacak olan husus adli para cezasıdır (CGTİHK m. 106, f. 9).

CGTİHK'nin 105/A maddesinin f. 4'deki düzenleme uyarınca adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle hapse çevrilen hükümlüler denetimli serbestlik tedbirinden yararlanamayacaktır.⁶² Geçici Madde 9 f. 5 adli para cezalarına mahkûm olan, kamuya yararlı bir işte çalışma yükümlülüğünü yerine getirmeyen ve bunun sonucunda tazyik hapsine çevrilen hükümlüler bakımından Covid-19 salgın hastalığı dolayısıyla bir izin imkanı getirmiştir. Geçici Madde 10 hükmünde ise bahse konu bu hükümlülerle ilgili bir düzenleme yoluna gidilmemiştir. Dolayısıyla 31.07.2023 tarihi itibarıyla adli para cezasının ödenmemesi sonucu tazyik hapsine çevrilen hükümlüler açık ceza infaz kurumuna dönmek zorundadır.⁶³ Geçici Madde 10 hükmünde bu hükümlülerin de denetimli serbestlikten yararlanmalarına dair bir düzenleme yer almış olsaydı, kamu yararına çalışma yükümlülüğünün bir anlamı olmayacak ve dolayısıyla adli para cezalarının etkinliği de zedelenmiş olacaktı. Adli para cezalarına af anlamına gelebilecek bir düzenlemenin ihdas edilmemesi kanaatimizce isabetli olmuştur. Hapis cezasına mahkûm olan hükümlülerin Geçici Madde 10 f. 2 uyarınca izinli sayılmalarının devam edeceği nazara alındığında, adli para cezasının ödenmemesi ve kamuya yararlı bir işte çalışma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucu hakkında tazyik hapsi öngörülen hükümlünün, izinin devamından yararlanamamasının adil olmadığı ileri sürülebilir. Fakat Geçici Madde 10 f. 2 kapsamına dahil olan hükümlüler hakkında, hapis cezası mahkumiyetinin kanuni sonuçlarının devam edeceği aşikardır.

Kanun koyucu, adli para cezasının ödenmemesi sonucu kamu yararına çalışma yükümlülüğünün uygulanmamasını gerektiren istisnai bir hüküm getirebilir. Örneğin, 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5. maddesinin f. 11'de bu istisna hükmü yer almaktadır.⁶⁴ Çekin karşılığının bu-

⁶² Esasında bu hükmü, adli para cezasının miktarına tekabül eden kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucu tazyik hapsine çevrilen olarak anlamak gerekir. Neticede 6545 sayılı Kanun'un getirdiği düzenlemeler çerçevesinde, adli para cezasının ödenmemesi sonucu doğrudan tazyik hapsi uygulamasına gidilemeyecektir. Bu çerçevede doktrinde CGTİHK 105/A maddesi f. 4'ün hatalı bir şekilde düzenlendiğine dikkat çekilmektedir. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 640.

⁶³ Adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilmişse bu cezaların infazı doğrudan açık ceza infaz kurumlarında yerine getirilecektir (CGTİHK m. 14, f. 2-c; ACİKAY, m. 5, f. 1-ç).

⁶⁴ Doktrinde ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrilmesinin, iyi bir çözüm

lunmaması dolayısıyla adli para cezasına mahkûm olan kişi, bu cezayı ödemezse ilgili ceza *kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına çevrilir*". Çekin karşılıksız kalmasına sebebiyet veren kişi, mahkûm olduğu adli para cezasını ödemezse hapsedilecektir.

Buradaki temel sorun Çek Kanunu'nda belirtilen adli para cezasından çevrilen hapsin hukuki niteliğinin ne olduğu noktasındadır. Konuyla ilgili olarak doktrinde farklı görüşler söz konusudur. Bir görüşe göre, karşılıksız işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişinin adli para cezasını ödememesi sonucu çevrilen hapis cezasında ceza hukuku bağlamında suç için öngörülen bir yaptırımdır. Fakat bu görüş, hükmedilen cezanın infaz şeklini ve sonuçları yönünden tazyik hapsinin bazı özelliklerini de barındırdığını ileri sürmektedir.⁶⁵ Buna karşılık bizim de katıldığımız bir görüşe göre, çevrilen bu hapis içeriği itibarıyla tazyik hapsinden ibarettir⁶⁶. Çek Kanunu'nun 5. maddesinin f. 10'da yer alan "*birinci fıkrada tanımlanan suç nedeniyle ön ödeme, uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümler uygulanmaz*" ibaresinden de hareketle uygulanacak hapsin tazyik hapsi olduğunu söylemek mümkündür.

Açık ceza infaz kurumunda bulunanlar ile adli para cezasına mahkûm olup tazyik hapsine çevrilenlerin 31.05.2020 tarihine kadar izinli sayılacağı (Geçici Madde 9 f. 5), bunun da 31.07.2023 tarihine kadar uzatıldığı ve Geçici Madde 10 kapsamında haklarında bir düzen-

olmadığı, devlet için masraflı ve pahalı olması nedeniyle hükümlü için kötü sonuçları olduğundan cihetle hapse başvurmadan veya hapse en son çare olarak müracaat edilmesi konusunda gayret gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Demirbaş, s. 109.

⁶⁵ Hakan Albayrak/Ahmet Bozdağ, "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçunun İcra Ceza Mahkemesinde Yapılacak Olan Yargılama Hakkında Bir İnceleme", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, S.33, Y., s. 251.

⁶⁶ Oğuz Bandır, *Türk Ceza Hukukunda Adli Para Cezası*, 1. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 155; Doktrinde Özgenç, Çek Kanunu'nun 5. maddesinin f. 11'de geçen hapsin, hukuki niteliğini açıkça tazyik hapsi olarak belirtmemekle birlikte, ".. bu adli para cezasının ödenmemesi dolayısıyla infazı bağlamında "hapis cezası" uygulaması (5941 s. Çek Kanunu, m. 5, f. 11) da, bilahare verilen mahkumiyet hükmünün ertelenmesine engel teşkil etmeyecektir." şeklindeki açıklamalarına dikkat edilmelidir. Buna göre bahse konu hapsin, adli bir yaptırım olan hapis cezası olarak benimsenmediği ifade edilebilir. Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 857.

leme yapılmadığı yukarıda belirtilmişti. Dolayısıyla Çek Kanunu'nun 5. maddesinin f. 11 kapsamındaki hükümlülerin, 31.07.2023 tarihi itibarıyla iznin bitimini takip eden 15 gün içerisinde açık ceza infaz kurumlarına geri dönmeleri zorunluluk arz etmektedir (Geçici Madde 10 f. 1).⁶⁷ Başka bir anlatımla bu kısma dahil olan hükümlülerin izinden dönme yükümlülükleri bulunmaktadır.

VI. GEÇİCİ MADDE 10 HÜKMÜNÜN İNFAZ HUKUKU SİSTEMİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

15.08.2016 tarihli 671 sayılı KHK ile getirilen, 09.11.2016 tarihli 6757 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle aynen kabul edilen ve 7242 sayılı Kanun'un 52. maddesiyle değiştirilen Geçici Madde 6 ve yine 7242 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle getirilen Geçici Madde 9 hükümleri Covid-19 salgın hastalığın yaratmış olduğu pandeminin ürünüdür.⁶⁸ Bu düzenlemeler çerçevesinde hükümlüler daha erken açık ceza infaz kurumlarına ayrılabilme ve denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilme imkanına kavuşmuş ve izin müessesesine tabi tutulmuşlardır.⁶⁹ Bu düzenlemelerin ceza infaz kurumlarındaki hükümlü sayısını azalttığı açıktır.⁷⁰ Ancak bu geçici çözümlerin önümüzdeki üç yıl içe-

⁶⁷ ACİKAY'ın 8. maddesinin f. 2-ç hükmüne göre, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu gereğince verilen hapsen tazyik veya tazyik hapisleri dışında, diğer kanunlarda düzenlenen tazyik, disiplin veya zorlama hapislerinin tamamı kapalı kurumlarda infaz edilecektir. Yönetmelik'teki bu düzenleme uyarınca bunların infazının kapalı kurumlarda yerine getirileceği oldukça açıktır. Aras/Güverçin, s. 139; İlk bakışta Çek Kanunu'nun 5. maddesinin f. 11'deki düzenleme kapsamındaki hükümlülerin de kapalı ceza infaz kurumunda kalabileceği akla gelse de, buradaki tazyik hapsinin adli para cezasından çevrilen bir hapis olduğu dikkate alındığında bu kapsamdaki hükümlülerinin infazının açık ceza infaz kurumunda gerçekleşeceği açıktır. Nitekim Yönetmelik (ACİKAY, m. 5, f. 1-c) bu durumu hüküm altına almıştır.

⁶⁸ Her ne kadar ilgili düzenlemeler Covid-19 salgın hastalığının yaratmış olduğu pandeminin ürünü olsa da bütün düzenlemelerin bununla ilgili olmadığı açıktır. Amaçlanan husus ceza infaz kurumlarının doluluk oranlarını indirmektir. Salgın hastalık, bu düzenlemelerin kısa bir süre içerisinde kabul edilerek yürürlüğe konulmasına gerekçe oluşturmuştur. Bkz. Genç, s. 519.

⁶⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. Atalay, s. 1245 vd.

⁷⁰ Hatta 7242 sayılı Kanun'un getirdiği değişikliklerin; özellikle denetimli serbestlik kurumuna zarar verdiği, kurumun getiriliş amacıyla bağdaşmayacağı ve cezaevlerinin boşaltılması aparatı olarak ele alındığı yönünde eleştiriler getirilmiştir. Bkz. Özbek, İnfaz Hukuku, s. 405.

risinde infaz sorunlarını yeniden gündeme getireceği daha önceden söylenmiştir.⁷¹ 7456 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle CGTİHK'ya getirilen Geçici Madde 10 hükmü 3 yıl sonra baş gösteren sorunlara yine geçici bir çözüm önerisi sunmaktadır. Bu geçici çözümün esas konusunu da izin kurumundan yararlanan hükümlülerin ceza infaz kurumlarına geri dönmesi oluşturur. Bunun yanında açık ceza infaz kurumuna ayrılma ve denetimli serbestlik tedbiri uygulamalarının da genişletildiği görülmektedir. Geçici Madde 6 hükmü, istisnai olarak sayılan suçlar hariç olmak üzere, 30.03.2023 tarihine kadar işlenen suçlarda koşullu salıverilmesine 3 veya 4 yıl kalanların ya da bazı durumlarda ne kadar kalmış olursa olsun infaz kurumundan ayrılmasına müsaade etmekteydi.⁷² İçeriği itibarıyla Geçici Madde 6 hükmü, doktrinde özel af olarak görülmekteydi.⁷³

Bilindiği üzere özel af mahkûmiyet kararı ortadan kalkmasa da hükümlünün infaz kurumundan salıverilmesi veya kalma süresinin indirilmesi ya da hükmedilen hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine ilişkin sonuçları gündeme gelir⁷⁴. Geçici Madde 10 f. 2 hükmü incelendiğinde ise denetimli serbestlik tedbirinin Geçici Madde 6'ya nazaran aşırı bir şekilde genişletildiği görülmektedir. Bu bakımdan Geçici Madde 10 f. 2 hükmünü de özel af niteliğinde düşünmek yanlış olmayacaktır.⁷⁵ İlave olarak özel af, yalnızca hapis cezalarına etki etmekle birlikte bu hapis cezasının mutlaka infaz kurumunda çektirilmesi zorunluluğundan bahsedilemez.⁷⁶ Buradan hareket edildiğinde, hükmün infazının ertelenmesine ilişkin Geçici Madde 10, f. 7 hükmünün de özel af niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılır. Özel af niteliğinde olan bu düzenlemeler örtülü bir şekilde yürürlüğe girmektedirler. Anayasa'nın 87. maddesine göre genel ve özel af ilanına karar

⁷¹ Özgenç/Sözüer/Koca, s. 13.

⁷² Mahmut Koca, "Özel Af ile İnfaz Rejimine İlişkin Düzenlemelerin Özellikleri", *Anayasa Yargısı*, 2021, Cilt: 38, Sayı: 1, s. 6.

⁷³ Özgenç/Sözüer/Koca, s. 15. Mustafa Limoncu, "7242 sayılı Yasa ile İnfaz Düzenlemesi: Teorik Arka Plan ve Yapılan Düzenlemeye Genel Bir Bakış", *Konya Barosu Dergisi*, 2020, S.1, s. 66.

⁷⁴ Aysun Altunbaş, "Türk Ceza Hukukunda Af", *TBB Dergisi*, Mayıs-Haziran 2023, S. 166, s. 40.

⁷⁵ Bu durum doktrinde dolaylı bir af olarak ifade edilmektedir. Bkz. Demirbaş, s. 634.

⁷⁶ Altunbaş, s. 34.

verebilmek için TBMM'nin üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun sağlanması gerekir. TCK'nın 65. maddesinin f. 2 hükmü ise “*özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda ceza infaz kurumlarının mevcudiyetini düşürmede özel affa ilişkin kanunlaşma sürecinin zorluğuna maruz kalmamak için bu yönde bir düzenlemeye gidildiği söylenebilir. Bir af kanunu hazırlamak yerine, hükümlünün infaz kurumlarında kalmasına yönelik oranları ve süreleri yeniden tespit etme yönünde bir tercihte bulunulmuştur.⁷⁷ 7242 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu örtülü af olarak görülen düzenlemelerin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulsa da mahkeme, iptal isteminin reddi yönünde karar vermiştir.⁷⁸ Ret kararı, Kanun koyucuya, bu alanda düzenleme yapılması yönünde adeta bir alan açmıştır. Her ne kadar Geçici Madde 10 hükmünün uygulanmasının sona erdiği söylenebilirse de Geçici Madde 6 ile birlikte düşünüldüğünde, bu hükümlerin denetimli serbestlik tedbirini adeta her kapıyı açan bir anahtara dönüştürdüğünü ifade etmek gerekir.⁷⁹ Böylelikle kanun koyucu özel af anlamına gelen bir düzenleme yapmaya karar verdiğinde, yeni bir “Geçici Madde” çıkararak CGTİHK'nın 105/A maddesinde yer alan süreleri ve koşulları genişletebilme imkanına kavuşmuştur. Öyle ki buradan hareketle Anayasa'nın 87. maddesi ve TCK'nın 65. maddesinin f. 2'deki düzenlemelerin çok sınırlı bir alanda tutulduğu söylenebilir. Sorunun ana kaynağı CGTİHK'nın 105/A maddesidir. Bu madde yürürlüğünü sürdürdükçe sadece bu alanda değil, bilakis diğer infaz hukuku kurumlarının uygulanmasında sorunlar yaşanacaktır.⁸⁰ Doktrinde de isa-

⁷⁷ Limoncu, s. 61.

⁷⁸ Mahkeme iptal isteminin reddinde, bir düzenlemenin özel af niteliğini taşıması için ilgili düzenlemenin yalnızca geçmişe yönelik olmasını, düzenlemenin cezaı ortadan kaldırmak, miktarını azaltmak veya türünün herhangi bir değişikliğe uğratılarak hafifletilmesi gerektiğini (prg. 45), yalnızca infaz şeklinin veya rejimini değiştiren düzenlemelerin özel af kapsamında görülemeyeceğini (prg. 46) gerekçe olarak göstermiştir. Mahkeme ceza miktarında ve niteliğinde değil, bilakis infaz rejimini değiştirdiği gerekçesiyle iptali istenen hükümlerin özel af kapsamında olmadığına işaret etmiştir (prg. 56, 57). İlgili karar için bkz. AYM, E.2020/44, K. 2020/41 ve 17.07.2020 tarihli Karar.

⁷⁹ Benzer yönde açıklamalar için bkz. Koca, “Özel Af ile İnfaz Rejimine...”, s. 38.

⁸⁰ Denetimli serbestlik tedbirini düzenleyen bu hüküm, hali hazırda iş arama izni (CGTİHK m. 96) ve özel infaz usullerini (CGTİHK m. 110) uygulanmasını da aşırı

betli olarak belirtildiği üzere CGTİHK'nın 105/A maddesi, bütünüyle kaldırılmalıdır.⁸¹

Ceza infaz kurumlarının aşırı doluluğunun aslında en büyük nedeni ceza miktarlarının gerçekten fazla oluşudur. Kaldı ki ceza miktarları özellikle bazı suçlar bakımından artırıldığı görülmektedir.⁸² Gerçekten hapis cezalarının alanının daraltılması "suçla mücadele edilmediği" anlayışını ortaya çıkarmaktadır ve ceza miktarlarının fazla oluşu topluma daha cazip gelmiştir. Ceza miktarlarının arttırılması suçla mücadelenin yapıldığı algısını pekiştirmektedir. Fakat bu algı ceza infaz kurumlarının doluluk oranlarını artırarak hapis cezalarının infazını mümkün hale gelmeyecek bir noktaya doğru ilerletmektedir. Karşılaşılan bu durum, ceza infaz kurumlarından ayrılmayı kolay hale getiren "arka kapı" stratejisini gündeme getirmektedir. "Ön kapı" stratejisi ceza infaz kurumlarına girişleri ele alırken, arka kapı stratejisi hükümlülerin ceza infaz kurumundan gönderilmelerini konu edinmektedir.⁸³ Ön kapı stratejisi bağlamında ceza miktarları yüksek olunca infaz kurumlarındaki doluluk oranının azaltılması adına arka kapı stratejisine başvurulmaktadır.⁸⁴ CGTİHK'ya getirilen geçici maddeler de bu arka kapı stratejisinin bir ürünüdür. Fakat bu strateji geçici bir çözüm yaratmakta ve sorunun esas olarak giderilmesine katkı sunmamaktadır.⁸⁵ Sürekli bir şekilde geçici maddeler ihdas ederek sorunu

derecede güçleştirmektedir. Bkz. Genç/Ünal, s. 79; Kanaatimizce CGTİHK'ya getirilen geçici maddeler de denetimli serbestlik tedbirini zorlayarak başka alternatif kurumların uygulanmasını geçici surette devre dışı bırakmaktadır.

⁸¹ Özgeçen/Sözüer/Koca, s. 5, 6; Koca/Üzülmez, s. 645.

⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgeçen/Sözüer/Koca, s. 13 vd.

⁸³ Ceza infaz kurumlarında kapasitenin oldukça dolu olması nedeniyle meselenin çözülmesi bağlamında üç bakış açısı ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi yeni binalar inşasıyla kapasiteyi artırma, ikincisi toplu aflar ve daha erken salıverilmeye hizmet eden arka kapı stratejisi ve üçüncüsü ise hürriyeti bağlayıcı cezaların sayısını ve miktarlarını azaltma yönünde ön kapı stratejisidir. Bkz. Demirbaş, s. 476.

⁸⁴ Karabulut, s. 327, 407, 436, 455.

⁸⁵ Getirilen her düzenlemeyle hükümlü sayısında yalnızca kısa bir süre azalma meydana gelmiş ve hemen akabinde sayı yükselmiştir. Örneğin, CGTİHK'ya getirilen Geçici Madde 6 hükmü uyarınca denetimli serbestlik tedbirindeki 1 yıllık sürenin 3 yıla çıkarılarak CGTİHK 105/A maddesinin uygulama alanı daha da genişletilmiştir. 31.12.2015 tarihi itibarıyla infaz kurumlarında bulunan hükümlü statüsündeki 152.869 kişi, 671 sayılı KHK'nın 17.08.2016'da yürürlüğe girmesiyle birlikte 01.11.2016 tarihinde 129.291 kişiye kadar gerilemiştir. Bu genişletmeye rağmen

birkaç sene sonrasına atmak doğru bir yaklaşım değildir. Getirilen her geçici madde ceza infaz sisteminin uygulanmasını karmaşık hale getirmekte ve sistemin işleyişini bozmaktadır.⁸⁶ Billhassa denetimli serbestlik tedbiri açısından bu kadar çok değişiklik yapılması, hukukçuları da tereddütte bırakmakta ve cezanın öngörülebilir oluşunu ihlal etmektedir.⁸⁷ Bir anlamda geçici maddelerle infaz hukuku müesseseleri, fiilen uygulanamaz hale gelmektedir. Sistem içerisinde bütünlük sağlanamadığı için suç ve ceza siyaseti olumsuz şekilde etkilenmektedir. İlâveten getirilen değişiklikler infaz savcılarının ve infaz hakimlerinin işlerini de güçleştirmekte onları adeta hukukçudan çok bir hesaplayıcıya dönüştürmektedir.⁸⁸

02.10.2017 tarihi itibarıyla sayının 140.248 kişiye kadar yükseldiği anlaşılmaktadır. Konuya ilişkin diğer bilgiler için bkz. Özgeç/Bayraktarlı, s. 137.

⁸⁶ İşaret edilmelidir ki infaz kurallarında yapılan sürekli değişiklikler, mahkemelerce hükmedilen cezaların infazına mâni olur veya verilen hükmü manasız hale getirir. Bunun yerine af yöntemlerinin kullanılması daha tutarlı bir yaklaşım olur. Bu sayede mahkeme kararlarının gücü ve etkisi zayıflamayacaktır. Af yöntemi doğru olarak görülmesi bile bir defaya mahsus uygulanmaktadır. Böylelikle infaz kurallarına yansıyan sürekli değişikliklerin zararlı etkisinden suç ve ceza siyaseti istikrarı korunmuş olur. Bkz. Şen/Berkün, Koşullu Salıverilme Denetimli Serbestlik..., s. 211; Buna karşılık hukuki tekniği bakımından “af” kurumuyla ilgili düzenleme ihdas etmenin oldukça güç olduğundan bahsedilmektedir. Nitekim toplumun bir kısmı mevcut cezaları yetersiz olarak görmekte iken, diğer kısmı cezaların ölçsüz bir şekilde ağır olduğu fikrindedir. Başka bir ifadeyle toplumun bir kısmı genel af beklerken, diğer kısmı ise cezaların kat’i surette infaz edilmesi gerektiğini düşünmektedir. Dolayısıyla af noktasında belli bir yaklaşım göstermenin kanun koyucu açısından da zor olduğuna vurgu yapılmaktadır. Bkz. Limoncu, s. 67; Benzer yönde eleştiriler için bkz. Altunkaş, s. 54 vd.

⁸⁷ Türkmen, s. 343.

⁸⁸ 7242 sayılı Kanun’la koşullu salıverilmeye ilişkin getirilen düzenlemede şu hususları vurgulanmıştır:

“Kamuoyunun en çok gündeminde olan Kanun en kapsamlı değişiklikleri içeren 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanundur. Getirilen değişikliklerle ilgili düşüncelerimizi aşağıda paylaşacağız. Ancak şu kadarını ifade etmek gerekir ki bazı düzenlemeler kanun yapma tekniğine uygun değildir. Örneğin 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfaz Hakkında Kanunda öngörülen değişikliklerin bir kısmı kalıcı bir kısmı geçici iken bir yandan koşullu salıvermeye diğer yandan denetimli serbestliğe ilişkin hükümler getirilmekte, bilimsel bir zemin olmaksızın koşullu salıverme için bazı suçlarda 1/2 bazılarında 2/3 bazılarında ise 3/4 şeklinde oranlar getirilmektedir. Bu suretle infazın hesabı adeta içinden çıkılmaz matematik bir probleme dönüşmüştür. Hatta bunlar için infazmatik denen hiçbir ülkede görmediğimiz programların dahi geliştirilmiş olduğunu görmekteyiz. Bu durum İnfaz Hukukunu bu yönü-

Yukarıda kısaca değindiğimiz üzere açık ceza infaz kurumuna ayrılma açısından süreye ilişkin koşullar Yönetmelik'e bırakılmıştır. Yönetmelik'te de 22.08.2015 tarihli 29453 sayılı Resmî Gazete yayımlanan değişiklik ve 22.02.2017 tarihli 29987 sayılı Resmi Gazete yayımlanan değişiklikle süreler açısından açık ceza infaz kurumuna ayrılmada hükümlü lehine düzenlemeler getirilmiştir. Kanun ilgili düzenlemeyi Yönetmelik'e bıraktığından bahse konu değişiklikler Kanun'un 14. maddesine aykırılık taşımamaktadır. Ancak kapalı ceza infaz kurumundaki doluluk oranının fazla oluşu nedeniyle Yönetmelik'e yansıtılan değişiklikler, cezaların caydırıcılığı ve hükümlülerin ıslahı açısından ciddi olumsuz etkilerinin olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁸⁹ Aynı eleştiriyi Geçici Madde 6, 9 ve 10 hükümleri açısından devam ettirmek kanaatimizce mümkündür. Geçici Madde 10 hükmü kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılma koşullarını hükümlü lehine oldukça genişletmiştir. İnfaz hukukunun amaçlarından biri olan hükümlünün ıslahı Geçici Madde 10 hükmüyle uyumlu gözükmemektedir.

Kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılma da süreler açısından değişiklikler Yönetmelik'le yapılırken geçici maddeler eliyle bunun Kanun'a yansıtılması oldukça ilginçtir ve hatta yeni bir usul getirdiği söylenebilir. Fakat hem Kanun hem de Yönetmelik hükümlerinin birlikte ele alınması bunların bir sistem çerçevesinde anlaşılabilmesini oldukça zorlaştırmaktadır. Aynı zamanda Yönetmelik'te belirtilen sistemin kendi içerisindeki tutarlılığı da bozulmaktadır. Geçici Madde 10 hükmüyle süre yönünden açık ceza infaz kurumlarına ayrılmanın daha kolaylaştırılması, aslında yeni bir soruna işaret etmektedir. Bu defa kapalı ceza infaz kurumları yerine, açık ceza in-

le hukukçuların dahi korkulu rüyası haline dönüştürmüş, uzak durulan bir alan olmaya itmiştir." Bkz. Veli Özer Özbek, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Hakkında Değerlendirilmelerimiz" Ceza Hukuku Dergisi", Nisan 2020, Yıl: 15, Sayı: 42, s. 302. Benzer yönünde eleştiriler için Türkmen, s. 343. Kanaatimizce koşullu salıverilme üzerinden yapılan bu eleştiri, yürürlüğe konulan geçici maddeler açısından da yapılabilir.

⁸⁹ Aras/Güverçin, s. 87. Başka bir açıdan konunun Yönetmelik'le düzenlenişine itiraz edilmektedir. Mahkûmun hürriyeti ile ilgili hususlarda ilgili düzenlemelerin Yönetmelik kapsamında değil, bilakis Kanun'la yapılması gerektiğine işaret edilmiştir. Bkz. Alan Akcan, s. 649.

faz kurumunun doluluk oranları artmaya başlayacaktır. Her ne kadar denetimli serbestlik tedbirine daha erken ayrılma hali getirilerek sorun geçici olarak aşılmış olsa da açık ceza infaz kurumlarının bu kadar hükümlüyü barındırabilmede güçlüklerle karşılaşacağı muhakkaktır⁹⁰. Dahası kapalı ceza infaz kurumlarından açık ceza infaz kurumunda ayrılmayı kolaylaştıran yeni bir geçici madde ihdas edildiğinde bu sorun yine baş gösterecektir.

Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasında farklı suç kategorileri oluşturarak farklı uygulamalara gidilmesi Anayasa'daki eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu yüzden Geçici Madde 6 hükmü doktrinde oldukça eleştirilmiştir.⁹¹ İnfaz hukukunda önemli olan hükümlülerin cezasının infazının ne suretle gerçekleştirileceğidir. Zira sanık hakkında bir mahkumiyet hükmü verilmiş ve bu hüküm kesinleşmişse sanık artık hükümlü statüsüne geçmekte ve işlenen suçla bir bağlantısı kalmamaktadır.⁹² Bu bakımdan işlenen suçlardan ziyade hükümlülerin örgütlülük, tehlikelilik ve mükerrirlik durumlarının nazara alınarak yeniden suç işlemelerine mani olmaya ve bunları infaz sisteminin dışına almaya yönelik önleyici tedbirler rol oynamalıdır.⁹³ Buna karşılık Geçici Madde 10 f. 6 ise Geçici Madde 6 hükmündeki gibi

⁹⁰ Bu kurumların kapasiteleri açısından bazı bilgileri vermekte fayda görmekteyiz. 01.10.2023 itibarıyla ülkemizde 274 kapalı ceza infaz kurumu, 99 müstakil açık ceza infaz kurumu, 4 çocuk eğitim evi, 11 kadın kapalı, 8 kadın açık, 9 çocuk ve gençlik kapalı ceza infaz kurumu olmak üzere toplam 405 ceza infaz kurumu bulunmaktadır. Bu kurumların toplam kapasitesi 297.200 kişiliktir. 01.11.2023 tarihi itibarıyla kapalı ceza infaz kurumunda kalan kişi sayısı 227.332 olmakla birlikte açık ceza infaz kurumunda kalan kişi sayısı 46.073'tür. Toplamda 273.405 kişinin kaldığı anlaşılmaktadır. Bunlardan 228.645 kişi hükümlü, 44.760 kişinin ise tutukluluk statüsünde olduğu görülmektedir. Konuya ilişkin istatistiki bilgi için Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, İstatistikler, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/22>, Erişim Tarihi: 29.11.2023; Ceza infaz kurumunda doluluk oranının yine yüzde 90 civarına yükseldiği görülmektedir.

⁹¹ Özgeç/Sözüer/Koca, s. 14; Özbek, "Değerlendirmelerimiz...", s. 306 vd; Şen/Berkün, Koşullu Salıverilme Denetimli Serbestlik..., s. 511; Alan Akcan, s. 651; Kanun koyucunun Geçici Madde 6 hükmüyle herhangi bir kriteri gözetmediğine, özel hayata karşı suçların ceza miktarlarının az olmasına rağmen, yağma, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti, zimmet ve rüşvet gibi ağır suçları işleyenlerin bu düzenlemeden yararlandığına ve cezanın infazı usulüyle bu durumun açıklanabilir olmadığına vurgu yapılmıştır. Bkz. Koca, "Özel Af ile İnfaz Rejimine..." s. 32.

⁹² Genç/Ünal, s. 67, 71.

⁹³ Özgeç/Sözüer/Koca, s. 14, Özbek, "Değerlendirmelerimiz...", s. 302 vd.

çok fazla suç kategorisine yer vermemiştir. Geçici Madde 10 f. 6; sadece Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlarla sınırlı tutulmuştur. Burada da bir suç kategorisine yer verilmiş olsa da Geçici Madde 6'daki gibi bir uygulamaya gidilmemesi kanaatimizce isabetlidir. Ancak Terörle Mücadele Kanunu'nda kapsamına giren suçlar ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlarda farklı uygulamalara başvurulması eşitlik ilkesine aykırı olmayacaktır. Nitekim burada failin tehlikeliliği ve örgütlü suçlarda örgüt hiyerarşisine dahil olma ön plandadır. Bu sebeple bunlara yönelik farklı bir infaz biçimi benimsenmesi ve 3 yıl daha erken denetimli serbestlik tedbirinden yararlandırılmamasının herhangi mahzuru bulunmamaktadır. Fakat Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar açısından suç kategorisi getirildiği eleştirisi yine ileri sürülebilir.

SONUÇ

Geçici Madde 9 hükmü uyarınca izne ayrılan hükümlülerin, izinlerinin bitimi halinde tekrar ceza infaz kurumlarına dönebilme ihtimali ortaya çıkmıştır. İzinden dönen hükümlülerin tekrar ceza infaz kurumlarına geri dönmesinin bu mevcudu artıracak aşıkardır. Bu yüzden Geçici Madde 10 hükmü ihdas edilerek izinden geri dönen hükümlülerin infaz kurumundan tahliyeleri denetimli serbestlik tedbirinin genişletilmesiyle mümkün hale getirilmiştir.

CGTİHK'da yapılacak değişikliklerin kanuni düzenlemelerin uygulamada tereddüt yaratmayacak şekilde açık ve belirli olması, yani kanunilik ilkesine uygun ölçüde düzenlenmesi gerekmektedir. Geçici Madde 10 hükmünün, özellikle "31.07.2023 tarihi itibarıyla" ifadesinin bu hususu karşılamaktan uzak olduğunu müşahede etmekteyiz. Bu yüzden CGTİHK'da bir değişiklik yapılırken veya geçici bir madde eklenirken tarih kısmının belirli olması oldukça önemlidir.

7242 sayılı Kanun'un CGTİHK'ya getirmiş olduğu geçici maddeler o kadar karmaşık bir şekilde hazırlanmıştır ki ceza hukukçularının bile infaz konusundan uzaklaşmasına neden olmuştur. Nitekim ortada hukuki bir uyumsuzluk çözümünden ziyade bir hesap işlemi vardır. 7456

sayılı Kanunla getirilen Geçici Madde 10 hükmü de aynı karmaşıklıkla devam ettirmiştir. Hükmün anlaşılması oldukça zordur. Denetimli serbestlik tedbiri ve açık ceza infaz kurumuna ayrılma noktasında süreler üzerinde değişiklik yapılması doğru değildir. Bu durum infaz hakimleri ve infaz savcılarını bir hukukçudan çok bir hesaplayıcıya dönüştürmektedir.

Geçici Madde 10 hükmü kendi içerisinde tutarlı bir şekilde kaleme alınmamıştır. Geçici Madde 6 ve Geçici Madde 9 hükmünde belirtilen birçok hususun Geçici Madde 10 hükmüne yansıtılamaması önemli bir eksiklik ve belirsizlik teşkil eder. Belirliliğin olmaması karşısında, yargılama ve infaz sürecindeki ilgili makamlar, hükmün uygulanma noktasında tereddütlerle karşılaşabilecektir. Bu tereddütler hükümlü aleyhine hatalı karar verebilme potansiyelini uhdesinde ihtiva eder. Özellikle suçun işlendiği tarih olgusundan hükmün kesinleştiği tarih yaklaşımına neden geçildiğinin hukuken bir izahı bulunmamaktadır. Bu durum aleyhine mahkûmiyet hükmü verilip de tutuklu olan ancak kesinleşmemiş hükümlüler açısından mağduriyet yaratabilir. Bundan başka madde hükmünün CGTİHK'nın diğer kurumlarıyla da uyumlu ölçüde hazırlanmadığı anlaşılmaktadır. Madde hükmünün bazı fıkralarının üstte belirttiğimiz üzere doğru bir şekilde kurgulandığı görülse de bunun beklentileri karşılamaktan uzak olduğunu belirtmek gerekir.

Geçici Madde 6 hükmündeki gibi Geçici Madde 10 hükmünün de örtülü bir özel af olduğu sonucuna ulaşmaktayız. Öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin Geçici Madde 6 hükmünün iptali istemiyle ilgili vermiş olduğu ret kararı isabetli değildir. Bu karar, özel affa ilişkin nitelikli çoğunluklar konusunda Kanun koyucuya adeta kolaylık sağlamıştır. Ceza infaz kurumlarının mevcudunu düşürmek isteyen Kanun koyucu, yeni bir geçici madde ihdas ederek ve bu yolla CGTİHK 105/A maddesinin koşullarını değiştirerek örtülü bir af çıkarılabilmektedir. Sağlanan bu kolaylığın Anayasa'nın 87. maddesi ve TCK'nın 65. maddesinin f. 2'deki düzenlemeleri etkisiz kılacak bir mahiyet taşıdığını söylemek mümkündür. Bunun önüne geçebilmek amacıyla sorunun ana kaynağı olan CGTİHK'nın 105/A maddesinin kaldırılması gerekmektedir.

Geçici Madde 10 f. 4 ile Geçici Madde 9 f. 5 hükümleri devletin denetimi ve gözetimi altında bulunmaksızın izinli olma, yani dene-

timsizlik serbestlik halini bu kapsama dahil olan hükümlüler bakımından adeta kalıcı hale getirmiştir. Denetimli serbestlik müdürlüklerinin iş yükünü önemli derecede azaltan bu hükmün, denetimli serbestlik tedbirinin temel amaçlarıyla uyuşmadığına işaret edilmelidir. Bunun yerine bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulması (CGTİHK m. 105/A, f. 5-b) ya da belirlenen yer veya bölgelere gitmemesi (CGTİHK m. 105/A, f. 5-c) gibi hafif derecede denetime imkân veren yükümlülüklerin devam ettirilmesi gerekirdi. Aksi durum ceza adaletine ve cezanın caydırıcılığına zarar vermektedir. Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazını düzenleyen 105/A maddesinin kaldırılmaması yönünde bir irade varsa, geçici maddelerle bu hükmü adeta örseleyen değişikliklerden uzak durulması gerekmektedir. Nitekim düzenlenen geçici maddelerle denetimli serbestlik tedbirindeki denetim unsurunun izale edildiği görülmektedir. Ülkemizde denetimli serbestlik yükümlülerinin önemli derecede fazla oluşu da bu denetimsizliğe bahane oluşturmamalıdır.

Uygulama örneklerinde görüldüğü üzere Geçici Madde 10 hükmü, kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılmayı oldukça kolaylaştırmıştır. Her üç yılda bir kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılmayı kolaylaştıran geçici madde ihdas etmek yerine, Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nde değişiklik yapılarak kalıcı düzenlemeler ortaya konulması gerekir. Kalıcı düzenlemeler yapılırken genel önleme ve özel önlemeye riayet edilmeli, hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici faktörler üzerinde çalışılmalıdır. Bu hususlar sağlandığı takdirde toplum suça karşı korunmuş ve ceza adaleti sağlanmış olur. Buna karşılık bu konuya ilişkin getirilen her geçici maddenin cezanın ıslahı ve caydırıcılığını önemli derecede zedelediğini düşünmekteyiz.

Ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü sayısını düşürebilmek adına geçici maddelerle ortaya konulan geçici çözümlerden uzak durulmalıdır. Yukarıda yer verdiğimiz üzere ceza infaz kurumlarında bulunan kişi sayılarının sürekli arttığı göz önüne alındığında bu geçici maddelerin de geçici bir süreliğine dahi rahatlatma sağlamadığı sonucuna ulaşılabilir. Konuyla ilgili kalıcı düzenlemelere ihtiyaç vardır. Kalıcı düzenlemelerden kasıt ceza infaz politikasının şeffaf bir şekilde ve kamuoyunun daha fazla cezalandırma isteği baskısına prim vermeksizin hazırlanmasıdır. İşlenen suça ilişkin ceza miktarının ağırlaşması

ceza infaz kurumunun doluluğunu artırmakta ve geçici maddeler gibi arka kapı stratejilerini gündeme getirmektedir. Buna karşılık genel ve özel af çıkarılsa bile bunların da geçici nitelik taşıdığı ve bunlardan yararlananların yeniden ceza infaz kurumuna dönebileceği ihtimali uzak değildir. Kaldı ki getirilen afların da bu soruna çare olmadığı anlaşılmaktadır. Birbiri ardına yapılan düzenlemelerin toplumdaki adalet algısını ve hukuk imgesini yerle bir ettiğini söylemek gerekir. Karşı karşıya kalınan durumun artık saklanamaz bir hal aldığı ortadadır. Başka bir ifadeyle suçla mücadele ediliyormuş gibi yapılarak asıl sorun görmezden gelinmemelidir. Bu konuda işlenen suç bakımından öngörülen ceza miktarları değerlendirilmeden arka kapı stratejilerine başvurmamak gerekir.

Kaynakça

Kitaplar

Akcan Alan Esra, "7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Genel Değerlendirilmesi", Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, (29 - 30 Mayıs 2020), Yusuf Çalışkan, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ömer Faruk Erol, Ahmet Dülger, Gülnihal Ahter Yakacak, Ömer Faruk Kafalı (Editörler), İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2020, s. 635-658.

Aras Bahattin/Güverçin Sezgin, İnfaz Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Bandır Oğuz, Türk Ceza Hukukunda Adli Para Cezası, 1. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

Demirbaş Timur, İnfaz Hukuku, 9. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

Erdoğan Oktay, İnfaz Hukuku, 3. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 15. bası, Seçkin Yayıncılık Ankara 2022.

Özbek Veli Özer, İnfaz Hukuku, 17. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 19. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

Şen Ersan/Berkün Beyza Başer, Koşullu Salıverilme Denetimli Serbestlik ve Ceza İnfaz Sorunları, 5. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Makaleler

Albayrak Hakan/Bozdağ Ahmet, "Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçunun İcra Ceza Mahkemesinde Yapılacak Olan Yargılama Hakkında Bir İnceleme", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, S.33, Y.9, s. 243-282.

Altunkaş Aysun, "Türk Ceza Hukukunda Af", *TBB Dergisi*, Mayıs-Haziran 2023, S. 166, s. 1-60.

- Atalay Osman, "7242 sayılı Yeni İnfaz Yasasının Getirdikleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, Haziran 2020, C.15, S.166, s. 1234-1248.
- Genç Fatma Umay/Ünal Osman Gazi, "7242 sayılı Kanun Değişiklikleri Işığında Özel İnfaz Usullerinden Biri Olarak Konutta İnfaz", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2022, S.193, s. 58-83.
- Genç, Fatma Umay, "Mahkûm Olunan Hapis Cezasının Koşullu Salıverilme Öncesinde Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak İnfazı Bakımından 7242 sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Bir Nedeni Olarak Covid-19", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C.4, S.2, s. 494-531.
- Koca Mahmut, "Özel Af ile İnfaz Rejimine İlişkin Düzenlemelerin Özellikleri", *Anayasa Yargısı*, 2021, C.38, S.1, s. 1-41.
- Limoncú Mustafa, "7242 sayılı Yasa ile İnfaz Düzenlemesi: Teorik Arka Plan ve Yapılan Düzenlemeye Genel Bir Bakış", *Konya Barosu Dergisi*, 2020, S.1, s. 45-70.
- Özbek Veli Özer, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Hakkında Değerlendirilmelerimiz" *Ceza Hukuku Dergisi*", 2020, Y.15, S.42, s. 301-312.
- Özdemir Orhan, "7242 sayılı Kanun Sonrası Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları", *Adalet Dergisi*, 2021, C.2, S.67, s. 379-410.
- Özgenç İzzet/Bayraktarlı İhsan Yılmaz, "İnfaz Kurumlarındaki Hükümlü Sayısında-ki Artış Sorunu ve Çözüm Önerisi", *AHBVHFD*, 2019, C.23, S.1, s. 129-139.
- Turhan Faruk/Altıkát Abdurrahim, "Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C.2, S.2, s. 1-46.
- Türkmen Cansu, "7242 sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Işığında Hapis Cezasının Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak İnfazı", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Aralık 2021, Y.7, S.2, s. 315-347.

İnternet Kaynakları

- Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Haber Bülteni, Ceza İnfaz Kurumu İstatistikleri, [https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22082023163504Haber%20B%C3%BClteni%202022%20Birle%C5%9Ftirilmi%C5%9F%20\(22.05.2023\).pdf](https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22082023163504Haber%20B%C3%BClteni%202022%20Birle%C5%9Ftirilmi%C5%9F%20(22.05.2023).pdf), <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/110420231558234102022164528CTE%20Haber%20B%C3%BClteni%202021.pdf>, Erişim Tarihi: 04.11.2023.
- Arslan Çetin/Kayanççek Murat, "Covid 19 İzninde, Kapalı İnfaz Kurumlarında ve 5275 s. Kanun Geçici M. 9/6 Kapsamında Bulunan Hükümlülerin 14.07.2023 T. Ve 7456 S. Kanunla 5275 S. Kanun'a eklenen Geçici m. 10 Hükümü Karşısında 31.07.2023 Sonrası Hukuki Durumlarının Değerlendirilmesi", <https://www.cetinarslan.com.tr/wp-content/uploads/2023/07/Covid-Izninde-Bulunan-Hukum-luler-Hakkindaki-Yasanin-Degerlendirilmesi-Arslan-Kayancecek.pdf>, Erişim Tarihi: 10.08.2023.
- Ceza ve Tevkifleri Genel Müdürlüğü, İstatistikler, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/22>, Erişim Tarihi: 29.11.2023.

European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (Covid-19) pandemic, 20.03.2020, <https://rm.coe.int/16809cfa4b>, Erişim Tarihi: 29.07.2023.

Kovid-19 Pandemi Sürecinde Ceza İnfaz Kurumları-V, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/kovid-19-pandemi-surecinde-ceza-infaz-kurumlari-v011102021070338>, Erişim Tarihi: 04.11.2023.

Özgenç İzzet/Sözüer Adem/Koca Mahmut, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'nin Değerlendirilmesi”, 06.04.2020, <https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=%E2%80%9Cceza-ve-guvenliktedbirlerinin-infazi-hakkinda-kanun-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanunteklifi%E2%80%9D-hakkinda-bilimsel-gorus.pdf>, Erişim Tarihi: 15.08.2023.

Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Advice of the Subcommittee on Prevention of Torture to States Parties and National Preventive Mechanisms relating to the Coronavirus Pandemic, 25.03.2020, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/OPCAT/AdviceStatePartiesCoronavirusPandemic2020.pdf>, Erişim Tarihi: 29.07.2023.

Şen Ersan/Berkün Beyza Başer, “7456 sayılı Kanunla Getirilen Geçici İnfaz Usulü”, <https://sen.av.tr/tr/makale/7456-sayili-kanunla-getirilen-gecici-infaz-usulu#:~:text=Ge%C3%A7ici%2010.%20madde%20Resmi%20Gazete,devam%20etti%C4%9Fi%20kurumlara%20d%C3%B6nmek%20zorundad%C4%B1r>. Erişim Tarihi: 15.08.2023.

Diğer Kaynaklar

Karabulut, Efe, Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Temmuz 2023.

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU UYARINCA TARAFSIZLIĞINDAN ŞÜPHE EDİLMİYİ HAKLI GÖSTEREN DURUM VE KOŞULLAR NEDENİYLE HAKEMİN REDDİ

CHALLENGE OF THE ARBITRATOR DUE TO THE CIRCUMSTANCES AND
CONDITIONS THAT JUSTIFY HOW TO DOUBT IMPARTIALITY ACCORDING
TO THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

Mesut KÖKSOY*

Özet: Hakemler, tahkim yargılamasında taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözüme ile görevlendirilir. Hakemlerin vermiş olduğu kararlar kesindir. Bu nedenle, yargılama yaparken hakemlerin de hâkimler gibi bağımsız ve tarafsız olması gerekir. Bu bağlamda, hakemin reddi, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmasını sağlamak için öngörülmuş bir imkândır. Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulları açıklamak zorundadır. Ayrıca taraflar, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektiren bir durum gerçekleştiğinde hakemin reddini talep etme hakkına sahiptir. Hakemi reddetmek için her türlü şüphe yeterli olmayıp, hakemin tarafsız olmadığına ilişkin haklı şüphenin bulunması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Tarafsızlık, Haklı Şüphe Kavramı, Hakem, Hakemin Reddi

Abstract: Arbitrators are tasked with resolving the dispute between the parties in arbitration proceedings. The decisions made by the arbitrators are resolve. Therefore, while making judgments, arbitrators must be independent and impartial like judges. In this context, challenge of the arbitrator is an opportunity to ensure that the arbitrators are independent and impartial. The person proposed to serve as an arbitrator must explain the circumstances and conditions that justify doubts about their impartiality and independence before accepting this duty. In addition, the parties have the right to request the challenge of the arbitrator in case of a situation that calls into doubt impartiality. Any suspicion is not sufficient to chal-

* Dr. Arş. Gör., Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, mesutkoksoy@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-8929-6124, Makalenin Gönderim Tarihi: 01.02.2024, Kabul Tarihi: 06.03.2024

lenge the arbitrator; there must be a justifiable doubt that the arbitrator is not impartial.

Keywords: Impartiality, Concept of Justifiable Doubt, Arbitrator, Challenge of Arbitrator

GİRİŞ

Taraflar aralarındaki uyuşmazlığın devlet mahkemeleri yerine, tahkim yargılamasında hakemler tarafından çözülmesini isteyebilirler. Tahkimde verilen hüküm de uyuşmazlığı nihaî olarak çözer ve taraflar arasında kesin hüküm teşkil eder. Bu nedenle, hakemlerin hâkimler gibi bağımsız ve tarafsız olması, âdil bir yargılama yapılabilmesi ve tahkim yargılamasına güven duyulması için önem taşır.¹ Bu bağlamda kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlığından ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durumları taraflara açıklamak zorundadır. Hakemin bildirim yükümlülüğü, sadece göreve başlamadan önceki durumlar için değil, daha sonra ortaya çıkan durumlar bakımından da geçerlidir.

Taraflar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 417/II uyarınca tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulların gerçekleşmesi hâlinde hakemin reddini talep edebilir. Bu bağlamda hakemin reddi, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmasını sağlama amacına hizmet eder. Belirtmek gerekir ki, hakemin reddinin talep edilebilmesi için her türlü şüphe yeterli olmayıp hakemin tarafsızlığına duyulan haklı şüphenin mevcut olması gerekir. Bu çalışmada, öncelikle hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, haklı şüphe kavramlarından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır. Daha sonra bağımsız ve tarafsız olmayan hakemin reddi prosedürü incelenecek olup Kanun'un hakemin reddine ilişkin bazı düzenlemelerinin eleştirisine yer verilecektir. Son olarak bağımsızlık ve tarafsızlık olgusu bağlamında hakemin reddi ile hakem kararının iptali ve hakem kararına karşı yargılamanın iadesi arasındaki ilişkiye değinilecektir.

¹ Ivo Schwander, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, (Herausgeber: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander), 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich, 2016, Art. 367, N. 2.

I. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU M. 417/II'DE DÜZENLENEN HAKEMİN REDDİ SEBEPLERİ

A. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 417'nci maddesinde hake-
min reddi sebepleri, hâkimlerin reddi sebepleri kadar detaylı şekilde
düzenlenmemiştir. Kanun'da hakemin reddi için üç neden öngörül-
müştür.² Buna göre, hakemin taraflarca kararlaştırılan niteliklere sa-
hip olmaması, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen
bir ret sebebinin mevcut olması ve tarafsızlıktan şüphe edilmeyi haklı
gösteren durum ve koşulların gerçekleşmesi hakemin reddi sebeple-
rindedir.

Taraflar, hakem veya hakemlerin seçim usulünü kararlaştırmakta
serbesttir (HMK m. 416/I). Bu nedenle taraflarca, tahkim yargılamasını
yapacak hakemin belirli niteliklere sahip olması gerektiği kararlaştırı-
labilir. Örneğin taraflar tahkim sözleşmesinde hakem veya hakemlerin
hukukçu olmasını kararlaştırmış olabilir. Böyle bir durumda, hakemin
hukukçu olmaması bir ret sebebi teşkil eder.³ Yine hakemin iyi dere-
cede İngilizce bilmesi gerektiği taraflarca kararlaştırılmışsa, hakemin
İngilizce'yi akıcı konuşmaması ret sebebi olarak kabul edilebilir.⁴

² Alman Medeni Usul Kanunu'nda benzer bir düzenleme mevcuttur. Söz konusu düzenlemeye göre, hakemin reddi ancak tarafsızlığı veya bağımsızlığı konusunda makûl şüphe doğuran koşulların bulunması veya taraflar arasında kararlaştırılan niteliklerin bulunmaması hâlinde talep edilebilir (ZPO Art. 1036, Abs. 2). Alman Medeni Usul Kanunu'nda HMK'dan farklı olarak "taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcut bulunduğu" cümlesi yer almamaktadır. Ayrıca, hakemin tarafsızlığının yanı sıra bağımsızlığına da açıkça vurgu yapılmıştır.

³ Bernhard Wiczorek/Rolf A. Schütze, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Elfter Band 4. Auflage, Walter de Gruyter GmbH, Berlin, 2014, s. 457; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 1209; Cengiz Serhat Konuralp, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 183; İbrahim Özbay/Yavuz Korucu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 68; Mustafa Serdar Özbek, "Tahkim Yargılamasında Hakemin Reddi", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Y. 8, S. 1, 2021, s. 74; Nevhis Deren Yıldırım, *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, Alkım Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 66.

⁴ Tanja Planinic/Nedja Erk-Kubat, *ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Auflage, (Herausgeber: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent Sorensen/

Taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir sebebin mevcut olması da hakemin reddini talep edebilmek için geçerli bir nedendir. Taraflar görevlendirilen hakemde bir özelliğin bulunmamasını istiyorlarsa ve bu özellik görevlendirilen hakemde mevcut ise, hakemin reddi talep edilebilir.⁵ Örneğin, hakemin aynı taraflar arasındaki başka tahkim yargılamasında görev almasının hakemin reddi sebebi olacağı belirlenmişse ve hakem de görev almışsa, bu sebebe dayanılarak hakemin reddi talep edilebilir.⁶

Hakemin reddi talebinde bulunma bakımından, hakemin hangi kişi veya makam tarafından atandığı, ismen görevlendirilmiş olup olmadığı, reddeden kişinin hakemi bizzat atayan ya da diğer taraf olması önem taşımaz.⁷ Diğer bir ifade ile kural olarak görevlendirilen her hakemin reddedilmesi mümkündür.

B. Hakemin Tarafsızlığından Şüpheli Edilmeyi Haklı Gösteren Durumların Ret Sebebi Olarak Düzenlenmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 417'nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, "hakem....tarafsızlığından şüpheli edilmeyi haklı gösteren durum ve koşullar gerçekleştiği takdirde reddedilebilir". Ka-

Martin Sarbach), Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2015, Art. 367, N. 1; Urs Weber-Stecher, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), (Herausgeber: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger), 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich, 2017, Art. 367, N. 7; Dominik Gasser/Brigitte Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurz Kommentar, Dike Verlag, Zürich, 2010, s. 334; Umar, s. 1209; Özbay/Korucu, s. 68; Özbek, Hakemin Reddi, s. 74. Gerekli niteliklere sahip olmadığı ve bu durum bilindiği hâlde hakemin oybirliğiyle atanması, taraflar açısından ret talebinden zımnî feragat anlamına gelebilir (Peter Mankowski, "Die Ablehnung von Schiedsrichtern", SchiedsVZ, 2004, s. 307).

⁵ Umar, s. 1209; Özbay/Korucu, s. 68.

⁶ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 267.

⁷ Felix Dasser, Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, (Herausgeber: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas), 2. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich, 2013, Art. 367, N. 11; Christopher Boog/Sonja Stark-Traber, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO, Band III, (Herausgeber: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter), Stämpfli Verlag AG, Zürich, 2014, Art. 363, N. 13; Alim Taşkın, Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşması, Hakem Kurulu ve Tahkim Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 103; Akıncı, s. 49.

naatimizce, söz konusu düzenleme eleştiriye açıktır.⁸ Zira bu ifadeye bakıldığında hakemin tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektiren durum ve koşulların yargılama sırasında gerçekleşmesi hâlinde hakemin reddinin istenebileceği şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Oysa, henüz yargılama yapılmadan önce de hakemin tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektiren durumlar mevcut olabilir. Yargılama başlamadan önce mevcut olan bu gibi durumlarda da hakemin reddi istenebilir. Tarafsızlığından şüphe edilen bir hakemin daha başlangıçta görevlendirilmemesi düşünülebilir. Ancak böyle bir durum önceden mevcut olmakla birlikte görevlendirmeden sonra ortaya çıkmışsa elbette ret sebebi olarak ileri sürülebilir.

Bağımsızlık ve tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulların gerçekleşmesi hâlinde hakemin reddinin talep edilmesi mümkündür. Bu bağlamda, çalışmada öncelikle bağımsızlık ve tarafsızlık kavramlarından ne anlaşılması gerektiği, şüphenin ne zaman haklı olacağı gibi hususlara açıklık getirilmeye çalışılacaktır.

1. Hakemin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Bağımsızlık ve tarafsızlık, hakemin, tahkim yargılamasının taraflarına karşı aslı yükümlülüklerinden biridir.⁹ Bunun önemi dolayısıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 417'nci maddesinin ikinci fıkrasında, hakemin tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulların gerçekleşmesi hâlinde ret talebinde bulunulabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede, hakemin reddi bakımından sadece tarafsızlık kavramına yer verilmiş, bağımsızlık kavramından ise bahsedilmemiştir. Kanaatimizce, bu durum bağımsızlık ilkesinin ihlâl edilmesi hâlinde hakemin reddedilemeyeceği anlamı taşımaz. Zira HMK'nın 417'nci maddesinin birinci fıkrasında, hakemlik yapacak kimsenin tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulları açıklamak zorunda olduğunun düzenlenmiş olması, tarafsızlığın yanı sıra bağımsızlık sebebiyle hakemin reddedilebileceğinin bir göstergesidir. HMK'nın 417'nci maddesinin birinci fıkrasında bağımsızlık ve tarafsızlık kavramına yer verilmiş-

⁸ Aynı yönde bkz. Umar, s. 1209.

⁹ Judge Dominique Hascher, "Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues", *American University International Law Review*, Vol. 27, No. 4 2012, s. 789.

ken, aynı maddenin ikinci fıkrasında sadece tarafsızlık kavramına vurgu yapılması bilinçli bir tercih değildir. Diğer taraftan hakemler de hâkimler gibi yargılama yaparak karar vermektedir. Bu nedenle, hakemlerin de yargılama yaparken bağımsız ve tarafsız olması gerekir.¹⁰ Zira bu durum, objektif ve âdil bir karar verilebilmesi için oldukça büyük öneme sahiptir.¹¹ Hakemin bağımsızlığı¹² ve tarafsızlığı göz ardı edilirse, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkimde çözmesinin bir anlamı kalmayacağı gibi, böyle bir hakem tarafından verilen kararın

¹⁰ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 828; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt VI, Altıncı Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, 2001, s. 6023; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 11. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 622; Ergin Nomer, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 4, S. 1, 1984, s. 30; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 363; Ömer Ulukapı, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 540; Özbay/Korucu, s. 68; Hakan Pekcanitez/Ali Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2691; Ali Yeşilirmak, *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2011, s. 93; Taşkın, *Tahkim*, s. 77; “...Bira. Ş.’de genel müdür olarak görev yapan bir kişinin o şirketin temsilcisi ve davanın tarafı sayılması gerektiğinden aynı şirketin davasında hakem olarak görev almasının, tarafsız olması gereken hakemlik müessesisiyle bağdaşmaz.” Yargıtay 15. HD, T. 18.01.2006, E. 2005/5778, K. 2006/93 (Ömer Çon, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 112).

¹¹ Schwander, Art. 367, N. 11; Pekcanitez/Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, s. 2691; Alim Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 251; Akıncı, s. 266; Aylin Aktürk, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Mahkemesinin Kuruluşu-Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Legal Hukuk Dergisi*, Şubat, 2010, s. 514; Friedrich Graf von Westphalen, “Hakemlere İtirazlar: Tarafsızlık ve Bağımsızlık Koşulları”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, “Tahkim”, 14 Şubat 2009, Editörler: Erol Ulusoy/Aslı Yıldırım, TMSF, MÜHF, s. 379; Bedriye Tuğçe Balaban, “Türk Hukukunda Hakemin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Hakkında Haklı Şüphe Oluşturan Hısmılık İlişkileri Sebebiyle Reddi”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 19, S. 227, 2021, s. 5023; Özbek, *Hakemin Reddi*, s. 37; Ergin Nomer, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 560; Hacı Can/Ekin Tuna, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 273.

¹² Hakemin bağımsızlığı, hâkimin bağımsızlığına göre daha dar kapsamlı olup idareye karşı bağımsız olmanın tahkimde önemli yoktur (Deren Yıldırım, s. 61).

tarafarca yerine getirilmesi beklenemez.¹³ Diğer bir ifade ile hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı tahkim yargılamasının olmazsa olmaz şartlarıdır.¹⁴

Hakem, şahsî ilişkilerden veya başka tür ilişkilerden kaynaklı olarak taraf tutabilir. Bu bağlamda tarafsızlık, genel bir ifade ile “yan olmama” anlamı taşır.¹⁵ Hakem tarafsızlığını korumak için yargılama yapmadan önce bir kanaate varmamalı veya taraflardan birine ayrıcalık tanımamalıdır.¹⁶ Belirtmek gerekir ki, tarafsızlık sadece yargılama faaliyeti başlamadan önce değil, yargılama sırasında da korunmalıdır. Hakemin tarafsızlığı, onun taraflardan her birine eşit mesafede olmasını, kendisini görevlendiren taraf veya merci ile arasında şahsî ve ekonomik ilişkinin veya iş ilişkisinin bulunmaması yahut bulunmamış olması ve hakemin uyuşmazlığı konusuna objektif şekilde yaklaşabilmesi anlamına gelir.¹⁷ Tarafsızlık, hakemin hem taraflara hem de uyuşmazlık konusuna karşı önyargılı olmamasını ifade eder.¹⁸ Bu bağlamda tarafsızlık, taraflara karşı olan tarafsızlık ve esasa ilişkin tarafsızlık olarak sınıflandırılmaktadır.¹⁹

¹³ Süheyla Balkar Bozkurt, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 93.

¹⁴ Lukas Pfister, *Schiedsrichterablehnung in internationalen Schiedsverfahren*, 1. Auflage, Nomos Verlag, Baden, 2019, s. 53; Turgut Kalpsüz, “Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı”, *Milletlerarası Tahkim Semineri*, 21 Mart 2008, Ankara, s. 28; Mustafa Serdar Özbek, *Tahkim Hukuku*, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 986.

¹⁵ Pekcanıtez/Yeşilirmak, *Pekcanıtez Usûl*, s. 2691; Yeşilirmak, s. 93; Özge Tosun, “Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 25, 2013/2, s. 214; Balkar Bozkurt, s. 104; Can/Tuna, s. 273.

¹⁶ Pekcanıtez/Yeşilirmak, *Pekcanıtez Usûl*, s. 2691; Weber-Stecher, Art. 367, N. 12; Akıncı, s. 265-266; Yeşilirmak, s. 93; Tosun, s. 215; Balkar Bozkurt, s. 104; Taşkın, *Tahkim*, s. 80. Hakemlerin yargılama da tarafsızlığını sağlamak için ret sebepleri öngörülmiştir (Saim Üstündağ, *Medenî Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim*, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1971, s. 117).

¹⁷ Planinic/Erk-Kubat, Art. 367, N. 4; Schwander, Art. 367, N. 7; Turgut Kalpsüz, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 56; Kalpsüz, *Bağımsızlık*, s. 34; Çon, s. 112; Tanrıver, s. 364; Deren Yıldırım, s. 63; Can/Tuna, s. 274.

¹⁸ Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 11; Özbek, *Tahkim*, s. 990.

¹⁹ Gasser/Rickli, s. 332; Thomas Sutter-Somm/Benedikt Seiler, *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2021, Art. 363, N. 5; Aktürk, s. 519; Can/Tuna, s. 274. Bağımsızlığın hakemle taraflar arasındaki ilişkiyi, tarafsızlığın ise hakemle uyuşmazlık konusu arasındaki ilişkiyi ifade ettiğine ilişkin bkz. Kalpsüz, *Bağımsızlık*, s. 31.

Hakemlerin bağımsızlığı ise, hakemlerin, ekonomik, siyasi veya diğer yönlerden taraflar arasında bir bağ olmaması,²⁰ hakemlerin yargılama yaparken ve karar verirken hiçbir otoriteye tabi olmadan, kim-seden emir veya talimat almadan vicdani kanaatine göre hareket etmesi anlamına gelir.²¹ Tarafsızlık ve bağımsızlık birbiriyle çok yakın ilişki içerisinde olmakla birlikte²² birbirinden farklı kavramlardır.²³ Tarafsızlık, insan zihninde oluşan bir durum olup, taraflardan biri lehine veya aleyhine tutum ve davranışla birlikte somutlaşmaktadır.²⁴ Tarafsızlık, kişinin iç dünyasındaki duygu ve düşüncelerle hareket etmesi hâline ilişkin iken, bağımsızlık kişinin dış olayların etkisinde hareket etmesine ilişkindir.²⁵ Bağımsızlık, nesnel bir durumu karakterize eder iken, tarafsızlık öznel nitelik taşır.²⁶ Bununla birlikte, bağımsızlığın aynı zamanda tarafsızlığı da kapsadığı ifade edilmektedir.²⁷ Belirtmek gerekir ki, bağımsızlık ve tarafsızlık birbirinden ayrı kavramlar olup tahkim yargılamasında eşit derecede öneme sahiptir.²⁸

²⁰ Gasser/Rickli, s. 331; Sutter-Somm/Seiler, Art. 363, N. 4; Schwander/Stacher, Art. 363, N. 4; Schwander, Art. 367, N. 7; Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 10; Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2691; Akıncı, s. 265; Özbek, Tahkim, s. 988; Yeşilirmak, s. 93; Balkar Bozkurt, s. 310; Tanrıver, s. 363; Didem Kayalı "Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesinin İngiliz Tahkim Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Rona Aybay'a Armağan, 2. Cilt, Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Aralık 2014, s. 1485-1486; H. Akif Karaca, "Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* C. 21, S. 1, 2015, s. 207; Taşkın, Tahkim, s. 80.

²¹ Balkar Bozkurt, s. 94; Kalpsüz, Tahkim, s. 55; Kalpsüz, Bağımsızlık, s. 31.

²² Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2691; Tosun, s. 230; Yeşilirmak, s. 93; Tanrıver, s. 363. Bağımsızlık ve tarafsızlık kavramlarının sıklıkla birbirinin yerine kullanıldığına ilişkin bkz. Weber-Stecher, Art. 367, N. 12; Pfister, s. 71.

²³ Weber-Stecher, Art. 367, N. 12; Kalpsüz, Bağımsızlık, s. 29; Balkar Bozkurt, s. 104; Yeşilova, s. 179.

²⁴ Pfister, s. 80; Bilgehan Yeşilova, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2008, s. 177.

²⁵ Can/Tuna, s. 274.

²⁶ Weber-Stecher, Art. 367, N. 12; Gasser/Rickli, s. 332; Schwander, Art. 367, N. 7; Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 10; Pfister, s. 76; Yeşilova, s. 178.

²⁷ Weber-Stecher, Art. 367, N. 12.

²⁸ Yeşilova, s. 179.

Tarafsızlık muğlak bir kavram olduğundan, hakemin taraflı davrandığının tespiti yapılması oldukça zordur.²⁹ Bununla birlikte, tarafsızlığa duyulan şüphenin haklı olması, hakemin tarafsızlık ilkesine aykırı davrandığının somut olgu ve davranışlarla ortaya konulmasını gerektirir.³⁰ Bir tarafça atanan hakemin bağımsız ve tarafsız olmayacağına yönelik genel bir endişe vardır.³¹ Ancak taraflardan birinde hakemin tarafsız olmadığına yönelik subjektif nitelikteki düşünceler hakemin reddi için yeterli değildir.³² Hakemin taraflardan birinin taleplerini dikkate alırken diğerininkileri dikkate almaması, taraflardan birinin menfaati gözetmesi tarafsızlıktan şüphe duyulmasını gerektiren haklı nedenlerdendir.³³

Tarafsız ve bağımsız olma, sadece atanan hakem için değil, heyet başkanı bakımından da geçerlidir.³⁴ Hakemin bağımsız ve tarafsız davranması, tahkim yargılamasına duyulan güvenin tesis edilmesi bakımından önem taşır.³⁵ Bu nedenle bağımsızlık ve tarafsızlık, hakemin sadece tarafa yönelik bir yükümlülüğü değildir. Hakemlerin tarafların yanı sıra davada tarafları temsil eden vekillerden de bağımsız ve tarafsız olması gerekir.³⁶

²⁹ Sutter-Somm/Seiler, Art. 363, N. 5; Schwander, Art. 367, N. 11; Kalpsüz, Bağımsızlık, s. 38; Özbek, Tahkim, s. 990; Balkar Bozkurt, s. 104.

³⁰ Weber-Stecher, Art. 367, N. 17; Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 17, s. 149; Pfister, s. 80; Özbek, Tahkim, s. 990; Karaca, s. 213.

³¹ Pfister, s. 54; Mark C. Hilgard, "Zur Ablehnung eines Richters im Schiedsverfahren", Betriebs-Berater, 9/2015, s. 456; Kalpsüz, Bağımsızlık, s. 30.

³² Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 17; Nomer, Kamu Düzeni, s. 569; Karaca, s. 213.

³³ Karaca, s. 213.

³⁴ Planinic/Erk-Kubat, Art. 367, N. 2; Weber-Stecher, Art. 367, N. 19; Tosun, s. 219; Yavuz "Kaplan, Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 21, 2001, s. 54; Özbek, Hakemin Reddi, s. 39; Yavuz Kaplan, *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 101; Leyla Keser Berber, *Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu*, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 90; Can/Tuna, s. 276.

³⁵ Didem Kayalı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 31; Özbek, Hakemin Reddi, s. 42; Kaplan, *Usule Aykırılık*, s. 98.

³⁶ Karaca, s. 221-222; Christopher Koch, "Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators", *Journal of International Arbitration*, Vol. 20, No. 1, 2003, s. 327; Kayalı, *Bağımsızlık*, s. 20; Can/Tuna, s. 275.

Hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesinin, kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir.³⁷ Bu nedenle tarafsız ve bağımsız olmayan hakemin reddini talep etme hakkından önceden feragat edilemez.³⁸ Bununla birlikte, tarafsızlık taraf menfaatine hizmet ettiğinden, bu hakkın kullanılmasından sonradan vazgeçilebileceği ifade edilmektedir.³⁹

Hakemin mahkeme tarafından tayin edildiği durumlarda da hakemin bağımsızlığının gözetilmesi gerekir. Mahkeme hakemi tayin ederken gerekli araştırmayı yapmalı ve bu konuda tarafların görüşlerini almalıdır. Yapılan araştırma üzerine hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin makûl şüphenin oluşması hâlinde hakem görevlendirmemelidir.⁴⁰

2. Haklı Şüphe Kavramı

Tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşullar gerçekleştiği takdirde hakemin reddi talep edilebilir. Kanun'da hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığına yönelik her türlü durumun değil, haklı şüphe oluşturan durum ve koşulların ret sebebi teşkil edeceği öngörülmüştür. Hakemin tarafsız kalmadığı hususunda gerçekte bir tehlikenin varlığı aranmayıp haklı şüphe yeterli görülmektedir. Tarafsızlığa duyulan güvensizliğin objektif ve makul olması gerekir. Bu ne-

³⁷ Nomer, Bağımsızlık, s. 30; İbrahim Özbay, Hakem Kararlarının Temyizi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 284; Çon, s. 112; Tanrıver, s. 364; Keser Berber, s. 91; Balkar Bozkurt, s. 286; Kayalı, Bağımsızlık, s. 88; Can/Tuna, s. 275.

³⁸ Dasser, Art. 367, N. 6; Weber-Stecher, Art. 367, N. 32; Sutter-Somm/Seiler, Art. 367, N. 7; Ivo Schwander/Marco Stacher, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, (Herausgeber: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander), 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich, 2016, Art. 363, N. 1; Simon Gabriel/Axel Buhr, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO, Band III, (Herausgeber: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter), Stämpfli Verlag AG, Zürich, 2014, Art. 369, N. 26; Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 3; Karl Heinz Schwab/Gerhard Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2005, s. 108; Westphaen, s. 380; Balkar Bozkurt, s. 286; Kaplan, Bağımsızlık, s. 61; Yeşilova, s. 608; Kayalı, Bağımsızlık, s. 108; Rasih Yeğenil, Tahkim, İstanbul, 1974, s. 261; Özbek, Hakemin Reddi, s. 57. Hakemin reddi talebinden önceden feragat edildiğine ilişkin sözleşmenin kamu düzenine aykırı olduğuna ilişkin bkz. Özbek, Tahkim, s. 1009.

³⁹ Weber-Stecher, Art. 367, N. 32; Karaca, s. 211; Özbek, Hakemin Reddi, s. 58.

⁴⁰ Taşkın, Tahkim, s. 120.

denle, hakemin kendisini bağımsız ve tarafsız olarak görmesi, tarafsızlığın ve bağımsızlığın ihlâl edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde önem taşımaz.⁴¹ Ancak kendisini bağımsız ve tarafsız olarak gören hakem, ret talebi üzerine çekilmeyip verilecek kararı bekleyebilir.

Belirtmek gerekir ki, bir tarafın tamamen öznel duyguları, nesnel ve somut verilere dayandırılmadığı sürece haklı şüphe olarak değerlendirilemez.⁴² Bununla birlikte, haklı şüpheden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir.⁴³ Zira Kanun'da haklı şüphenin neyi ifade ettiği hususunda açıklık mevcut değildir. Şüphe kavramı, muğlak bir ifade olduğu ve sübjektif nitelik taşıdığı için yanlıcı sonuçlara sebebiyet verebilir.⁴⁴ Bu nedenle, hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin şüphenin ne zaman "haklı" olduğunun tespiti oldukça zordur.⁴⁵ Bu hususta tespitin yapılmasındaki zorluk, şüpheye ilişkin haklılığın kime göre tespit edileceğinden kaynaklanmaktadır.⁴⁶ Haklı şüphenin kimde oluşması gerektiği Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. Bu bağlamda haklı şüphenin tahkimin taraflarında mı yoksa makûl düşünen üçüncü bir kişi de mi oluşması gerektiği tartışılabilir.

Haklı şüphenin kimde oluşması gerektiğine ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, makul üçüncü bir kimenin bakış açısıyla, tarafsız şekilde davranılması ve karar verilmesi tehlikeye düşecekse, hakemin tarafsız olmadığı söylenebilir.⁴⁷ Diğer görüşe göre, haklı şüphenin makul düşünen üçüncü kişide aranması bazı sakıncaları beraberinde getirir. Objektif bakış açısı getirmeyi amaçlayan üçüncü kişinin haklı şüphesi, kendi içinde belirsizlikleri ihtiva etmektedir. Zira adil ve makul düşünen kişi kavramından ne anlaşılması gerektiği de belirsizdir. Ayrıca makul ve objektif bir üçüncü kişi esas alınarak haklı şüphenin belirlenmesi, tarafların tahkimden beklentilerini yansıtmayabilir. Bu nedenle, taraf iradesinin egemen

⁴¹ Sutter-Somm/Seiler, Art. 363, N. 5; Schwander/Stacher, Art. 363, N. 6.

⁴² Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 17; Nomer, Kamu Düzeni, s. 569; Karaca, s. 213.

⁴³ Kayalı, Bağımsızlık, s. 97.

⁴⁴ Kayalı, Bağımsızlık, s. 80-81.

⁴⁵ Balkar Bozkurt, s. 264. Sübjektif nitelikteki şüphe hakemin reddi için yeterli olarak görülmemelidir (Mankowski, s. 308).

⁴⁶ Balkar Bozkurt, s. 264-265.

⁴⁷ Kaplan, Bağımsızlık, s. 64. Aynı yönde bkz. Planinic/Erk-Kubat, Art. 367, N. 3; Weber-Stecher, Art. 367, N. 17; Schwander, Art. 367, N. 7; Balaban, s. 5032-5033.

olduğu tahkim yargılamasında sübjektif bakış açısı benimsenmeli ve taraflar nezdinde oluşacak haklı şüphe esas alınmalıdır.⁴⁸ Başka bir görüşe göre, haklı şüphenin hakemin görevlendirilmesinden önce mi yoksa sonra mı oluştuğuna göre farklı değerlendirme yapılması gerekir. Hakemin görevlendirilmesinden önce, taraflar nezdindeki haklı şüphe esas alınmalıdır. Zira bu aşamada tahkim yargılaması henüz başlamamış olduğundan bağımsız ve tarafsız hakemin seçilmesindeki taraf menfaatinin ön planda tutulması gerekir.⁴⁹ Hakemin görevlendirilmesinden sonra ise, objektif kriter olarak makul düşünen üçüncü kişi nezdindeki haklı şüphe esas alınmalıdır.⁵⁰ Zira hakemin görevlendirilmesi ile birlikte yargılama faaliyeti başlayacağından tahkim yargılamasının devam etmesindeki menfaat, taraf menfaatinden önce gelmektedir.⁵¹ Kanaatimizce haklı şüphenin taraflar nezdinde oluşması gerekir. Şüphenin ne zaman haklı olduğunun tespiti zordur. Ancak, hakemin reddini talep edebilmek için şüphenin varlığı tek başına yeterli değildir. Taraflar nezdinde oluşan şüphenin, somut verilerle desteklendiğinde haklı olduğu söylenebilir.

3. Hakemin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığını Etkileyebilecek Durum ve Koşullar

Hakemler uygulamada pek çok görevi yerine getirdiklerinden geniş ilişki ağına sahiptir. Bu durum ise hakemin tarafsızlığı bakımından sorun teşkil edebilir.⁵² Hangi hâllerde hakemin bağımsız ve tarafsız sayılacağı Kanun'da tek tek sayılmamıştır. Bu şekilde tahdidi bir sayım yapılması zaten mümkün değildir. Zira hakemin taraflı davranmasına yol açacak çeşitli etkenler olabilir. Siyasi görüş, ticari ilişkiler, sosyal yakınlık, temsil ilişkisi bunlar arasında yer almaktadır.⁵³ Bu nedenle,

⁴⁸ Balkar Bozkurt, s. 266. Aynı yönde bkz. Kalpsüz, Tahkim, s. 60.

⁴⁹ Kayalı, Bağımsızlık, s. 132; Balkar Bozkurt, s. 339.

⁵⁰ Kaplan, Bağımsızlık, s. 45; Kayalı, Bağımsızlık, s. 54; Karaca, s. 214; Hascher, s. 798; Westphalen, s. 383.

⁵¹ Kayalı, Bağımsızlık, s. 132; Balkar Bozkurt, s. 339.

⁵² Özbek, Hakemin Reddi, s. 40; Özbek, Tahkim, s. 993; Kalpsüz, Bağımsızlık, s. 33.

⁵³ Schwander/Stacher, Art. 363, N. 4; Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 20; Kayalı, Bağımsızlık, s. 23; Özbek, Hakemin Reddi, s. 45; Kaplan, Usule Aykırılık, s. 96. Hakemin ve taraflardan birinin aynı ülkenin vatandaşı olması, hakemin bağımsız olmadığını tek başına göstermez (Kaplan, Bağımsızlık, s. 59-60). Bununla birlikte, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre, "Asliye hukuk mahkemesi, hakem seçi-

hakemin tarafsızlığının ihlâl edilip edilmediği her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.⁵⁴

Hakem ile onu görevlendiren taraf arasında maddi ilişkinin bulunması hakemin tarafsızlığını şüpheye düşürür ve hakemin reddi sebebi teşkil eder. Maddi ilişki, harici bir ücret ödeme, taraflardan birinin hakemi önceden istihdam etmesi⁵⁵ veya istihdam etmeye devam etmesi şeklinde de ortaya çıkabilir.⁵⁶ Bu bağlamda, hakemin taraflardan birinin avukatı olması veya taraflara danışmanlık yapıyor olması ret sebebidir.⁵⁷ Aynı şekilde taraf ile hakem arasında alacak borç ilişkisinin bulunması, tarafsızlıktan şüphe etmeyi gerektiren bir durum olabilir.⁵⁸ Özellikle alacak miktarının yüksek olduğu hâllerde, tarafsızlığın sağlanamayacağı düşünülebilir.

Hakemle taraflardan biri arasında ticari bir ilişki mevcutsa veya böyle bir ilişki sona ermekle birlikte tekrar kurulma ihtimâli varsa, hakemin bağımsızlığı hususunda ciddi şüphe ortaya çıkabilir.⁵⁹

Hakemin taraflardan biriyle, diğer taraf olmaksızın doğrudan temasta bulunması tarafsızlığından şüphe duyulmasına yol açabilecek bir durumdur.⁶⁰ Yine hakem ile taraflardan biri arasındaki kişisel ilişkiler, süreklilik arz ediyorsa, bu durum hakemin tarafsız davranmadığına ilişkin haklı şüphe oluşturabilir.⁶¹

minde tarafların anlaşmalarını, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması, tarafların farklı tâbiyette olmaları hâlinde tek hakem seçilecek ise bu hakemin tarafların tâbiyetinden olmaması, üç hakem seçilecek ise bunlardan ikisinin bir tarafın tâbiyetinden olmaması ilkelerini göz önünde bulundurur. Üçten fazla hakem seçilecek hâllerde de aynı usul uygulanır" (m. 7/B).

⁵⁴ Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 18; Özbek, Hakemin Reddi, s. 45; Özbek, Tahkim, s. 998.

⁵⁵ Hakemin daha önce yapılan bir tahkim yargılamasında taraflardan birini temsil etmesi duruma göre, hakemin görevden alınmasına sebebiyet verebilir (Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 20; Schwab/Walter, s. 112; Pfister, s. 78; Tosun, s. 224).

⁵⁶ Mankowski, s. 310; Pfister, s. 152; Özbek, Tahkim, s. 989; Tosun, s. 223; Karaca, s. 224.

⁵⁷ Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 14, s. 148; Özbek, Tahkim, s. 989; Akıncı, s. 267-268; Aktürk, s. 519.

⁵⁸ Mankowski, s. 308; Kaplan, Bağımsızlık, s. 62; Kaplan, Usule Aykırılık, s. 107.

⁵⁹ Kaplan, Bağımsızlık, s. 44; Kaplan, Usule Aykırılık, s. 97.

⁶⁰ Pfister, s. 77.

⁶¹ Planinic/Erk-Kubat, Art. 367, N. 4; Schwander, Art. 367, N. 7; Prütting/Gehrlein, s. 2489; Kaplan, Usule Aykırılık, s. 108; Kaplan, Bağımsızlık, s. 63-64.

Hakem ile taraflar veya vekilleri arasındaki her türlü ilişki tek başına hakemin reddini talep etmek için yeterli değildir.⁶² Zira taraf veya taraf vekili ile hakem arasında bir ilişkinin olması, hakemin bağımsız olmadığını her zaman kesin olarak göstermez. Hakem ile taraflardan birinin vekili arasındaki ilişkilerden dolayı hakemin tarafsız olmadığı kanaatine varılması için, söz konusu ilişkilerin yoğun olması ve aynı meslek grubundan olmanın gerektirdiği mutlak ilişkileri aşan nitelikte olması gerekir.⁶³ Bu bağlamda, tahkim konusu olaydan bağımsız bir hususta taraflardan birine danışmanlık yapmış olmak veya tarafın avukatlığını yapmış olmak ile uzun süredir bu tür bir hizmet verilmesi aynı şekilde değerlendirilmemelidir.⁶⁴

Hakem ile taraf veya vekili arasındaki yakın akrabalık ilişkisinin mevcut olması hakemin bağımsızlığına engel olacağı için hakemin reddi sebebi teşkil eder.⁶⁵ Örneğin, arkadaşlık, evlilik veya nişanlılık ilişkisinin olması hakemin reddine sebebiyet verebilecek durumlardandır.⁶⁶ Hakem ile taraflar arasındaki maddî veya kişisel ilişkiler dışında başka durumlar da hakemin reddi sebebi teşkil edebilir. Örneğin, hakem ile taraflardan birisi veya vekili arasındaki anlaşmazlıklar ve husumet de hakemin tarafsız davranmamasına sebebiyet verebilir.⁶⁷

Tahkim yargılaması sonucunda verilen kararın hakemin menfaati ile doğrudan bağlantısının bulunması hâlinde, hakemin tarafsız olmadığını kabulü gerekir.⁶⁸ Hakemin tarafsız olma yükümlülüğüne ay-

⁶² Örneğin birlikte yürüyüş yapmak gibi sosyal temas hakemin reddi için yeterli değildir (Schütze, s. 39; Wieczorek/Schütze, s. 460).

⁶³ Schwander, Art. 367, N. 12; Kaplan, Bağımsızlık, s. 64; Kaplan, Usule Aykırılık, s. 108-109; Karaca, s. 222; Yeşilova, s. 597.

⁶⁴ Kayalı, Mesele, s. 1486; Kayalı, Bağımsızlık, s. 21; Özbek, Tahkim, s. 989; Aktürk, s. 519; Karaca, s. 226.

⁶⁵ Mankowski, s. 308; Stefan Kröll, "Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht", ZZP, 116. Band, Heft 2, 2003, s. 209; Pfister, s. 152; Kalpsüz, Bağımsızlık, s. 35; Karaca, s. 229; Kayalı, Bağımsızlık, s. 21; Özbek, Hakemin Reddi, s. 45; Özbek, Tahkim, s. 993; Deren Yıldırım, s. 64.

⁶⁶ Mankowski, s. 308.

⁶⁷ Wieczorek/Schütze, s. 461; Mankowski, s. 308; Kaplan, Bağımsızlık, s. 64; Özbek, Tahkim, s. 989; Balkar Bozkurt, s. 230; Özbek, Hakemin Reddi, s. 45.

⁶⁸ Schütze, s. 39; Wieczorek/Schütze, s. 461; Hanns Prütting/Markus Gehrlein, Zivilprozessordnung Kommentar, 10. Auflage, Luchterhand Verlag, Köln, 2018, s. 2489; Kaplan, Bağımsızlık, s. 61; Kaplan, Usule Aykırılık, s. 106; Kayalı, Bağımsızlık, s. 20; Can/Tuna, s. 292.

kırı davranıp davranmadığı, yargılama sırasında taraflara karşı tutum ve davranışlarından da anlaşılabilir.⁶⁹ Örneğin, bir tarafın sunduğu delillerin haklı neden olmaksızın karar verirken dikkate alınmaması, hakemin tarafsız davranmadığının bir göstergesidir.⁷⁰ Bununla birlikte, hakemin, taraflardan birinin talebini reddetmiş olması, yargılama usulüne ilişkin yapmış olduğu hatalar, tek başına hakemin taraf tuttuğu anlamına gelmez.⁷¹ Hakemin taraflı davrandığına ilişkin başka emarelerin de bulunması gerekir.

4. Bildirim Yükümlülüğü

a. Genel Olarak

Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulları açıklamak zorundadır (HMK m. 417/1 c.1). Taraflar önceden bilgilendirilmemiş oldukları takdirde hakem, daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirir (HMK m.417/1 c. 2).⁷² Görüldüğü üzere hakeme tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe duyulmasını gerektiren bir durumun varlığı hâlinde, tarafları bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Hakemin bildirim yükümlülüğü, hakeme görevin teklif edilmesi ile başlar; tahkim yargılamasının sonuçlanmasıyla sona erer.⁷³ Tarafları bilgilendirme yükümlülüğü, sadece görevi kabul etmeden öncesine ilişkin olmayıp, sonradan ortaya çıkan durumlar için de geçerlidir. Örneğin, yargılama esnasında hakemin taraflardan biri ile hukuk bürolarını birleştirmesi, hakemin altsoyundan olan kimsenin tarafın iş yerinde işe alınması ya da hakemin taraflardan birinin kızı ile evlilik ilişkisine girmesi sonradan ortaya çıkan durumlar olarak bildirim yükümlülüğünün kapsamındadır.⁷⁴

⁶⁹ Rolf A. Schütze, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 6. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2016, s. 40; Karaca, s. 208; Kaplan, *Usule Aykırılık*, s. 96; Can/Tuna, s. 275.

⁷⁰ Can/Tuna, s. 275.

⁷¹ Dasser, Art. 367, N. 13; Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 21; Kröll, s. 210; Schwab/Walter, s. 112; Kaplan, *Bağımsızlık*, s. 63; Nomer, *Kamu Düzeni*, s. 570-571.

⁷² Alman Hukuku'nda ise, tarafların, hakemin atanmasından sonra, daha önceden bilgilendirilmemiş oldukları durumlarda hakemlerce, "tahkim yargılamasının sonuna kadar" "gecikmeksizin" bilgilendirilecekleri öngörülmüştür (ZPO Art. 1036, Abs. 1).

⁷³ Sutter-Somm/Seiler, Art. 363, N. 8; Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 47.

⁷⁴ Özbek, *Hakemin Reddi*, s. 55; Özbek, *Tahkim*, s. 1006-1007.

Bildirim yükümlülüğü bakımından, hakemin taraflarca görevlendirilmesi ile mahkeme tarafından görevlendirilmesi arasında fark yoktur. Diğer bir ifade ile, bildirim yükümlülüğü her hakem için geçerlidir. Hakem bildirim yükümlülüğünü taraflara açıklama yaparak yerine getirir. Hakemin mahkeme tarafından görevlendirildiği hâllerde, hakem mahkemeye de bağımsızlığından ve tarafsızlığından şüphe edilmesi gerektiren durumları bildirmelidir.⁷⁵

Hakemin bildirim yükümlülüğüne ilişkin hüküm emredici niteliktedir. Bu nedenle, taraflar aralarında yapacakları anlaşma ile bu yükümlülüğü ortadan kaldıramazlar; tarafların irade serbestisi kuralı bu hususta uygulama alanı bulmaz.⁷⁶

Hakemlere bildirim yükümlülüğü getirilmesi tahkim yargılaması bakımından büyük öneme sahiptir. Bildirim yükümlülüğü, hakemin reddine sebebiyet verebilecek durumlar hakkında tarafların bilgi sahibi olması amacına hizmet ederken, tahkim yargılamasına olan güvenin tesisini de sağlar.⁷⁷ Hakemin bildirim yükümlülüğü, tarafların hakemi reddedip reddetmeyeceğine karar vermelerine imkân tanır.⁷⁸ Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi, önceden mevcut olan durumlar hakkında tarafların bilgi sahibi olmasını sağlayacağı için taraflar, tahkim yargılaması esnasında, söz konusu durumları gerekçe göstererek hakemin reddini talep edemez.⁷⁹ Böylece bağımsızlığı ve tarafsızlığından şüphe duyulan hakemlerin ayıklanması ile tahkim yargılamasının sekteye uğramasına da engel olunabilir.⁸⁰

Kanun'da hakemlik yapacak kişinin tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren durum ve koşulları bildirmesi gerektiği düzenlenmekle birlikte, bu bildirim ne şekilde yapılacağı hususunda açıklık yoktur. Bu nedenle, herhangi bir şekil şartından

⁷⁵ Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 37.

⁷⁶ Sutter-Somm/Seiler, Art. 363, N. 3; Kayalı, Bağımsızlık, s. 88-89; Balkar Bozkurt, s. 266-267. Bildirim yükümlülüğünün kamu düzenine ilişkin olmadığı hakkında bkz. Kaplan, Usule Aykırılık, s. 104.

⁷⁷ Weber-Stecher, Art. 363, N. 8; Kayalı, Bağımsızlık, s. 77; Balkar Bozkurt, s. 218; Özbek, Hakemin Reddi, s. 54.

⁷⁸ Wiczorek/Schütze, s. 455; Pfister, s. 151; Özbek, Tahkim, s.1005.

⁷⁹ Planiniç/Erk-Kubat, Art. 367, N. 6; Kayalı, Bağımsızlık, s. 77-78; Taşkın, Tahkim, s. 123; Özbek, Hakemin Reddi, s. 54.

⁸⁰ Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 43; Deren Yıldırım, s. 62.

bahsedilemez. Ancak bildirimün önemi ve sonuçları dikkate alındığında, yazılı yapılması yerinde olur.⁸¹

b. Bildirim Yükümlülüğünün Kapsamı

Kendisine hakemlik görevi teklif edilen bir kimse, herhangi bir ilişki ya da durum nedeniyle bağımsız ve tarafsız olamayacağı kanaatinde ise, söz konusu ilişki veya durumun bildirim yükümlülüğüne kapsamına girip girmediğine bakmaksızın teklifi reddetmelidir.⁸² Bununla birlikte, geçmiş ilişki ya da durumların tarafsızlığı ve bağımsızlığı etkilemeyeceği düşüncesinde olan hakem aday, söz konusu hususları değerlendirebilmesi için taraflara bildirim yapılmalıdır.⁸³ Hakemin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılması için hakemin bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin beyanlarının içeriğinin ve kapsamının ne olacağı önem arz etmektedir. Belirtmek gerekir ki bildirim yükümlülüğünün kapsamının kesin bir şekilde belirlenmesi oldukça zordur. Bu nedenle, her somut duruma göre bildirim yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi gerekir.⁸⁴ Nitekim bildirim yükümlülüğü kapsamında, hakemin hangi hususları bildirmek durumunda olduğuna ilişkin Kanun'da da açıklık yoktur. Bu nedenle, hangi durum ve hususların bildirileceği sübjektif bir değerlendirme yapılarak hakem tarafından belirlenir.⁸⁵ Bu bağlamda önem arz eden husus, hakemin reddinin talep edilmesi ihtimâline binaen, yeterli ölçüde değerlendirme yapılmasına elverişli bilgi ve açıklamaların yapılmış olmasıdır.⁸⁶ Bildirim yükümlülüğü uyarınca tahkim yargılamasını ve hakem kararını doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyebilecek hâllerin açıklanması gerekir.⁸⁷ Örneğin hakemin bir tarafla olan önceki ve mevcut iş ilişkileri bildirim yükümlülüğü kapsamında değildir.⁸⁸ Aynı şekilde hakemin önceden taraflardan birinin avukatlığını yapmış olması, uyuşmazlık hakkın-

⁸¹ Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 35.

⁸² Schwander/Stacher, Art. 363, N. 3; Pfister, s. 194; Kayalı, Bağımsızlık, s. 87-88; Balkar Bozkurt, s. 266.

⁸³ Kayalı, Bağımsızlık, s. 88; Balkar Bozkurt, s. 266.

⁸⁴ Kröll, s. 199.

⁸⁵ Pfister, s. 163; Balkar Bozkurt, s. 223; Kayalı, Bağımsızlık, s. 78; Özbek, Hakemin Reddi, s. 54.

⁸⁶ Taşkın, Tahkim, s. 121.

⁸⁷ Planinic/Erk-Kubat, Art. 367, N. 7; Taşkın, Tahkim, s. 121.

⁸⁸ Schütze, s. 41.

da görüş bildirmiş olması, taraflarla ailevi veya duygusal bağın olması bu kapsamda bildirilmelidir.⁸⁹

Bildirim yükümlülüğünün kapsamının hem geniş hem de dar tutulması bazı riskleri beraberinde getirir. Hakeme bilgi verme hususunda çok kapsamlı yükümlülük getirilmesi, ret talebinin prosedürü geciktirmek amacıyla kötüye kullanılmasına yol açabilir.⁹⁰ Bilgi verme yükümlülüğünün kapsamının dar tutulması ise, ret nedenlerinin yargılama sırasında sonradan öğrenilmesi ve hakemin reddi talebinde bulunulması riskini taşır. Ret talebinin yerinde görülmesi hâlinde ise yapılan işlemlerin tekrarlanması gerekebilir.⁹¹

Bildirim yükümlülüğünün kapsamına ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, hakem, ne ölçüde bilindiğine veya alenî olduğuna bakılmaksızın önemsiz bir mesele olsa dahi şüpheye düşmeyi gerektirecek her türlü durum veya ilişkiyi taraflara bildirmelidir.⁹² Diğer görüşe göre taraflarca bilinen ve bu nedenle ayrıca açıklama yapılmasında taraf menfaatinin bulunmadığı hâllerde bildirim yapılmayabilir.⁹³ Kanaatimizce, herkesçe bilinen durumlar da hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığını şüpheye düşürecek nitelikte ise bildirim yükümlülüğü kapsamına girer. Herkes tarafından biliniyor olması bu yükümlülüğü ortadan kaldırmaz. Diğer taraftan herkesçe bilinip bilinmediğinin tespiti ayrı bir sorunun ortaya çıkmasına neden olur. Bildirim yükümlülüğü kapsamında önemli ve önemsiz ayrımı yapılmaksızın her türlü durumun bildirilmesinin avantajları olabileceği gibi dezavantajları da olabilir. Bu bağlamda, her türlü durumun taraflara bildirilmiş olması, taraflarda hakemin dürüst ve güvenilir olduğu yönünde kanaat oluşmasına katkı sağlayabilir. Diğer taraftan, her durumun bildirilmesi taraflarda hakemin tarafsız davranamayacağına ilişkin şüphe oluşmasına ve tarafların hakemi reddetmesine neden olabilir.

Hakem ile taraf arasındaki ilişkinin eski veya yeni olmasının bildirim yükümlülüğü bakımından önem taşıyıp taşımadığının da değer-

⁸⁹ Balkar Bozkurt, s. 227-228.

⁹⁰ Kröll, s. 199.

⁹¹ Kröll, s. 199.

⁹² Kayalı, Bağımsızlık, s. 78; Balkar Bozkurt, s. 226; Yeşilova, s. 601; Özbek, Tahkim, s. 1005.

⁹³ Schwander/Stacher, Art. 363, N. 9.

lendirilmesi gerekir. Bir görüşe göre, söz konusu durum veya ilişkiler eski veya yeni olsun her durumda bildirilmelidir.⁹⁴ Kanaatimizce de bildirim yükümlülüğü kapsamındaki durumlar hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığından şüphe edilmeyi gerektirecek durumlar olup, bunların mevcut olması veya önceden gerçekleşmiş olması arasında fark yoktur. Kanun'da söz konusu durum ve ilişkilerin bildirilmesinden bahsedildiğine göre eski veya yeni ayrımına gerek yoktur. Her iki hâl de bildirim yükümlülüğü kapsamındadır. Zira aradan süre geçmiş olması ilişkinin bir zamanlar mevcut olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz.

Bildirim yükümlülüğünün kapsamına hakemin bildiği durumların yanı sıra makul bir araştırmayla öğrenebileceği menfaat çatışmalarının da dâhil edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁹⁵ Bununla birlikte, tarafların, hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığını şüpheye düşürebilecek durumlara ilişkin araştırma yapmak zorunda olup olmadığı veya böyle bir zorunluluğun ne ölçüde mevcut olduğu hususu açık değildir. Tarafların araştırma yükümlülüğü belirlenirken bunun hakemin kapsamlı bildirim yükümlülüğü ile çelişmemesine dikkat edilmelidir.⁹⁶ Araştırma yükümlülüğünün geniş yorumlanması hâlinde, bu yükümlülüğün ihlâl edilmesi hakemin reddini talep etme hakkının kaybedilmesine neden olabilir.⁹⁷ Ayrıca tarafın tüm durumları araştırmak zorunda olması, hakemin bildirim yükümlülüğü dikkate alındığında haklı görülemez.⁹⁸ Bu nedenle tarafların kamuya açık bilgi kaynaklarından elde edebileceği makul bir araştırma yükümlülüğünün olduğu söylenebilir.⁹⁹ Ancak tarafların araştırma yükümlülüğünün tahkim yargılamasının başlangıcıyla sınırlı olduğu ve hakemin bildirim yükümlülüğünden farklı olarak tahkim yargılaması boyunca geçerli olmadığı belirtilmelidir.¹⁰⁰

c. Bildirim Yükümlülüğünün İhlâli ve Sonuçları

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 417'nci maddesinde hake-me, tarafları bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiş olmasına rağmen,

⁹⁴ Balkar Bozkurt, s. 227.

⁹⁵ Kayalı, Bağımsızlık, s. 78; Balkar Bozkurt, s. 231; Özbek, Hakemin Reddi, s. 54.

⁹⁶ Pfister, s. 183.

⁹⁷ Pfister, s. 183.

⁹⁸ Pfister, s. 185.

⁹⁹ Pfister, s. 184.

¹⁰⁰ Pfister, s. 184.

yükümlülüğün ihlâl edilmesi hâlinde, bunun yaptırımı hususunda bir düzenleme mevcut değildir. Hakemin bazı hususları kasten veya ihmâli neticesinde bildirmemiş olması, tarafların hakeme olan güveninin zedelenmesine neden olur.¹⁰¹ Ayrıca hakemin tarafsızlığından şüphe duyulmasını gerektiren bir durumun varlığını açıklamaması, yargılama yaparken tarafsız olamayacağını bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.¹⁰² Bu nedenle, hakemin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde, hakemin reddi talep edilebilir.¹⁰³ Ancak belirtmek gerekir ki, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi her durumda hakemin reddine sebebiyet vermemelidir. Taraflara bildirilmeyen sebep, hakemin reddini gerektirmeyecek hafiflikte ise, ağır bir hukukî sebep değilse, sırf bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması hakemin reddi için haklı neden oluşturmamalıdır.¹⁰⁴

Hakemin görevlendirilmeden önce bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesi üzerine taraflar talepte bulunmamışlar ise, daha sonra hakemin reddi ya da hakem kararının iptali yoluna başvurulamaz.¹⁰⁵ Bununla birlikte, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen hakemin vermiş olduğu kararın iptal davasına konu olup olmayacağını tespiti ayrıca önem taşımaktadır. İptal sebepleri kanunda sınırlı olarak sayılmıştır.¹⁰⁶ Bildirim yükümlülüğünün ihlâl edilmesi ise iptal

¹⁰¹ Balkar Bozkurt, s. 240.

¹⁰² Karaca, s. 211; Hascher, s. 800; Kayalı, Bağımsızlık, s. 79. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin tek başına hakemin bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren neden olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin bkz. Yeşilova, s. 602-603.

¹⁰³ Kröll, s. 200; Wiczorek/Schütze, s. 456; Özbay/Korucu, s. 68; L. Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, Medenî Usûl Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 764; Umar, s. 1208; Balkar Bozkurt, s. 267; Yeşilova, s. 606; Özbek, Hakemin Reddi, s. 56; Özbek, Tahkim, s. 1008. Aksi yönde bkz. Sutter-Somm/Seiler, Art. 367, N. 8.

¹⁰⁴ Kaplan, Usule Aykırılık, s. 104-105.

¹⁰⁵ Sutter-Somm/Seiler, Art. 367, N. 9; Özbek, Hakemin Reddi, s. 56; Özbek, Tahkim, s. 1008; Akıncı, s. 269.

¹⁰⁶ Nuray Ekşi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2019, s. 187; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4. Cilt, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 5498; Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2733; Seyhan Selçuk, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 80; "Asıl ve birleşen dava, hakem kararının iptali istemine ilişkin olup, 6100 sayılı HMK'nın iptal davası başlıklı 439. maddesinde hakem kararlarının hangi hallerde iptal edileceği sınırlı

sebepleri arasında yer almaz. Bu nedenle, hakemin bildirim yükümlülüğünü ihlâl etmiş olması doğrudan hakem kararının iptalini gerektirmez.¹⁰⁷ Doktrinde bir görüşe göre, hakemin hileli suskunluğu tarafların hakem sözleşmesi yapmasına neden olduğundan, hile etkisi altında sözleşme yapan kişi, bu sözleşme ile bağlı değildir.¹⁰⁸ Tarafın veya tarafların, hakem sözleşmesine geçmişe etkili olacak şekilde icazet vermemesi hâlinde, hakem olmayan bir kimsenin karar vermesi veya karara katılması söz konusu olur. Bu hakemin oyu olmadan diğerlerinin oy çoğunluğu sağlanamaması ise, HMK m. 439/2-a çerçevesinde hakem kararının iptali sebebidir.¹⁰⁹

Bildirim yükümlülüğünün ihlâlinin hukukî sorumluluk doğurup doğurmayacağına da değinilmelidir. Hakemin hukukî sorumluluğunun doğması için bir zararın meydana gelmesi gerekir. Bu nedenle, hakemin bildirim yükümlülüğünü ihlâl etmiş olması tek başına hakemin hukukî sorumluluğunun doğmasına neden olmaz.¹¹⁰ Ancak hakemin bildirmediği hususa bağlı olarak, hakemin reddi, hakem kararının iptal edilmesi veya tahkim sözleşmesinin geçersizliği nedeniyle taraflar bir zarara uğrarsa, hakemin hukukî sorumluluğu söz konusu olabilir.¹¹¹ Zira böyle bir durumda tarafların zarara uğraması muhtemeldir. Örneğin, hakemin reddi nedeniyle yeni hakem seçilmesi, tahkim prosedürünü uzatacağından daha fazla masraf yapılmasına neden olabilir.¹¹²

olarak sayılmıştır". Yargıtay 11. HD, T. 15.01.2013, E. 2012/17087, K. 2013/749 (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi 07.12.2023).

¹⁰⁷ Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 41; Balkar Bozkurt, s. 377.

¹⁰⁸ Umar, s. 1208; Özbay/Korucu, s. 68; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 764. Hakeme bu durumda ücret ödenmez (Mankowski, s. 306). Hakemin bildirmediği husus, hakemin şahsına yönelik bir nitelik ise ve bu nitelik tarafların hakemde bulunmasını veya bulunmamasını istedikleri bir nitelik ise, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının hakemin niteliğinde esaslı hataya düşülmesi sebebiyle hükümsüz olduğu da kabul edilebilir (Balkar Bozkurt, s. 270).

¹⁰⁹ Umar, s. 1208; Özbay/Korucu, s. 68; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 764.

¹¹⁰ Balkar Bozkurt, s. 270. Bildirim yükümlülüğünün ihlâl edilmesi hâlinde hakemin culpa in contrahendo sorumluluğunun doğabileceğine ilişkin bkz. Prütting/Gehrlein, s. 2488.

¹¹¹ Balkar Bozkurt, s. 270. Hakem yanıltıcı ve aldatıcı beyan ile tarafları zarara uğrattırsa, bundan doğan zararlardan sorumludur (Kalpsüz, Bağimsızlık, s. 50).

¹¹² Balkar Bozkurt, s. 270.

C. Hâkimin Reddi Sebeplerinin Hakemin Reddi Bakımından Uygulanabilirliği

Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, hakemlerin hâkimin reddi sebeplerine dayanılarak reddedilmesi mümkündür.¹¹³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise, hakemin reddi sebepleri açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte, hakemin yasaklılık hâlleri hususunda hâkimin davaya bakmaktan yasaklılığına ve hâkimin reddi sebeplerinin hakemler bakımından da geçerli olacağına ilişkin Kanun'da açık bir atıf yoktur.¹¹⁴ HMK m. 444/I hükmüne göre, "Bu kısımda düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça bu Kanunun diğer hükümleri uygulanmaz". O hâlde bu düzenleme uyarınca, hâkimin reddi ve yasaklılığı sebebiyle hakemin reddinin talep edilemeyeceği düşünülebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, doktrinde bu hususa ilişkin olarak farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, hakemlerin, hâkimlerden farklı olarak davaya bakmaktan yasaklılığı söz konusu olmaz. Taraflar bir kimseyi serbest iradeleriyle hakem olarak görevlendirerek ona güvendiklerini gösterdikten sonra onun hakemlikten çekilmeye mecbur olduğu düşünülemez.¹¹⁵ Diğer görüşe göre, çoğu zaman hakemlerin hâkimlerle aynı şartları taşıması gerektiği varsayılır. Görevlendirilmesi usulü arasındaki yapısal farklılıklar nedeniyle hâkimin reddedilmesine ilişkin esasların hakem bakımından aynen geçerli olduğu söylenemez. Ancak bu durum, tahkim yargılamasında tarafsızlık ve bağımsızlık hususunda taviz verileceği anlamına gelmemelidir. Zira hâkim ile hakem ara-

¹¹³ Doktrinde, hakemlerin ret sebepleri için sadece hâkimlerin ret sebeplerine atıf yapılması, aynı bir düzenleme yapılmamış olması ve taraf iradesine yer verilmemesi tahkim yargılaması bakımından bir eksiklik olarak görülmektedir (Taşkın, Sözleşme, s. 251).

¹¹⁴ "İkinci fıkrada, hakemin, taraf serbestisi gereği, tarafların belirlediği niteliklere sahip olması ile tarafsızlığı ve bağımsızlığı teminat altına alınmıştır. Belirtilen ret sebepleri, taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise, doğal olarak 'Yasaklılık sebepleri' başlıklı 40'ıncı maddede belirtilen hâkimin yasaklılık hâllerini de kapsar. İkinci fıkranın son cümlesi ile hakemin kötü niyetle reddi suretiyle tahkimin geciktirilmesinin önlenmesi istenmiştir (HMK m. 417 gerekçesi). Gerekçe için bkz. <https://app.e-uyar.com/gerekce/index/853f5bf3-8e72-4da9-9355-6d54331066aa>, Erişim Tarihi: 20.01.2024

¹¹⁵ Rabi Koral, "İç Hukukumuzda Tahkim", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 13, S. 3, 1947, s. 1057. Aynı yönde ayrıca bkz. Taşkın, Sözleşme, s. 255; Prütting/Gehrlein, s. 2488.

sında işlevsel bir benzerlik vardır.¹¹⁶ Hâkim görüşe göre ise, tarafsızlık ve bağımsızlıktan şüphe etmeyi gerektiren durumlar temelde aynı olduğundan hâkimler için öngörülen çekinme ve ret sebepleri,¹¹⁷ hakemler bakımından da geçerlidir.¹¹⁸

Yargıtay hâkimler için söz konusu olan memnuiyet sebeplerine dayanılarak da hakemlerin reddi yoluna başvurulabileceğini kabul etmektedir.¹¹⁹ Ayrıca hem doktrine¹²⁰ hem de Yargıtay'a göre,¹²¹ menfaatlerin gözetilmesi bağlamında yasaklılık hâlleri mevcut ise, talep aranmaksızın hakemin davaya bakmaktan çekilmesi gerekir.

¹¹⁶ Pfister, s. 87-89.

¹¹⁷ Yeğenil, s. 265; Konuralp, s. 183; Balaban, s. 5028; İzzet Karadaş, 6100 sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 139. Alman hukuku doktrininde aynı yönde bkz. Hilgard, s. 456.

¹¹⁸ Yavuz Alangoya, Medenî Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973, s. 121; İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 1043; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 622; Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2692; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 764-765; Özbay/Korucu, s. 68; Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960, s. 412; Balaban, s. 5028; Özbek, Hakemin Reddi, s. 69-70; Özbek, Tahkim, s. 1023; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 750; Karadaş, s. 139; Erol Ertekin/İzzet Karataş, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997, s. 186.

¹¹⁹ "Öte yandan HUMK'un 28. maddesinde sayılan [memnuiyet] sebepleri yalnız hâkimin bizzat davadan çekilmesi ile ilgili olmayıp aynı zamanda ve gerektiğinde taraflardan birinin reddi hâkim isteminde bulunmasına da olanak vermektedir. Nitekim maddenin ilk fıkrasında [talep edilmese bile bizzat istinkafa mecburdur] hükmüne yer verilmiştir O hâlde hakemlerin, reddi hâkim sebeplerine dayanılarak red olunabileceği yolundaki HUMK'un 521/1 madde hükmü hakemin davaya bakmaktan memnun olduğunun ileri sürülmesine engel değildir", Yargıtay 15. HD, T. 06.06.1988, E. 1988/1646, K. 1988/2157, (Postacıoğlu/Altay, s. 1043, dn. 37).

¹²⁰ Kuru, s. 6026; Yılmaz, s. 5455; Umar, s. 1209; Ansay, s. 412; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 765; Konuralp, s. 182.

¹²¹ "...Reddedilen hakemin uyuşmazlıkta taraf olan davalı K Holding AŞ'nin yönetim kurulu başkanı olduğunda çekişme yoktur. O hâlde adı anılan hakem aralarında yarar çatışması bulunan taraflardan birinin temsilcisi olması itibarıyla HUMK'un 521. maddesi yardımıyla aynı Yasanın 28/4 ve 29/3. maddeleri hükmünce davaya bakmaktan memnudur ve istinkafa da mecburdur. Bu yön kamu düzeni ile ilgili olduğundan esasen bir talebe gerek olmadığı gibi bu nedene dayanarak yapılacak talep bir süre ile de sınırlı değildir..." Yargıtay 20. HD, T. 28.03.2002, E. 2002/1955, K. 2002/2791 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 30.11.2023).

Doktrinde, hakemin yasaklılığı ifadesinin, hakemin HMK m. 34'deki hâkimin yasaklılık sebeplerine dayanılarak reddedilebileceği şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, hakem ve taraflar arasındaki dördüncü dereceye kadar olan hısımlık ilişkisi mutlak ret sebebi olarak kabul edilebilir. Bu dereceden sonraki hısımlık ilişkileri bağlamında ise, sosyal ilişkiler sebebiyle hakem reddedilebilir.¹²²

Kanaatimizce hakemin reddi sebepleri bakımından mutlak ret sebebi nisbî ret sebebi şeklinde bir ayırım yapılmasına gerek yoktur. Hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığından şüphe edilmeyi gerektiren her durum hakemin reddi sebebi teşkil edebilir. Bunu karşılık, bağımsızlık ve tarafsızlık arasında bir ayırım yapılmalıdır. Hâkim için getirilen bağımsızlık koşulu kuvvetler ayrılığı ilkesinden kaynaklanmaktadır. Burada amaç taraflardan bağımsızlığın yanı sıra devletin diğer organlarından da bağımsızlığın sağlanmasıdır. Tahkim yargılamasında anayasal anlamda kuvvetler ayrılığı söz konusu olmayıp sadece taraflardan bağımsızlık esası geçerlidir.¹²³ Bununla birlikte tarafsızlık konusunda hâkim için geçerli olan şartlar hakem için de geçerli olmalıdır. Hâkimin tarafsız olamayacağına öngörüldüğü hâllerde hakemin de tarafsız olamayacağı söylenebilir. Bu bağlamda, hâkimin yasaklı olduğu hâllerden birinin hakem bakımından gerçekleşmesi hâlinde, tarafsızlığın sağlanması tehlikeye gireceği için yasaklılık sebeplerine dayanılarak hakemin reddi talep edilebilir. Aynı şekilde hâkimin reddi sebeplerinin varlığı hâlinde de hakemin tarafsızlığından şüphe edilmesi mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki, hakemin reddi sebepleri hâkimin reddi sebeplerine göre daha dardır.¹²⁴ Diğer bir ifade ile hâkimin reddinin talep edilebileceği her durum da hakemin reddi de istenemez. Örneğin, HMK m. 36/1-c uyarınca uyuşmazlıkta arabuluculuk veya uzlaştırmacılık yapmış bulunması hâkimin reddi sebebidir. Ancak bu durum tahkimde hakemin reddi sebebi teşkil etmez. Zira uyuşmazlıkta daha önceden arabuluculuk veya uzlaştırmacılık

¹²² Balaban, s. 5031.

¹²³ Aynı yönde bkz. Pfister, s. 90. Hakemlerin bağımsızlığı ile hâkimlerin bağımsızlığının mahiyeti itibarıyla birbirinden farklı olduğuna ilişkin bkz. Kalpsüz, Bağımsızlık, s. 33.

¹²⁴ Özbek, Hakemin Reddi, s. 71; Özbek, Tahkim, s. 1024; Nomer, Kamu Düzeni, s. 566.

yapan üçüncü kişinin tahkim yargılamasında hakemlik yapmasına engel yoktur.¹²⁵ Nitekim, Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m. 4/6'ya göre, "Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada, daha sonra, avukat olarak görev üstlenemez. Ancak, taraflar açık ve yazılı onayları ile birlikte talep ederlerse, açılan tahkim yargılamasında hakemlik yapabilir". O hâlde tarafların açıkça rıza göstermiş olmaları hâlinde üçüncü kişinin hakemlik yapması mümkün olduğundan hakemin reddi söz konusu olamaz.

Hâkimin yasaklılığı hâlleri hakemler bakımından da geçerli olmakla birlikte, bu durumun taraflarca bilinmemesi sebebiyle hakemin reddinin istenemediği ve hakem tarafından karar verilmesi durumunda, verilen kararın hüküm ve sonuç doğurup doğurmayacağına değerlendirilmesi gerekir. Yasaklı hâkimin görevden çekinmeyip davaya devam etmesi halinde HMK'nın 43'üncü maddesi uyarınca istinaf, 44'üncü maddesi uyarınca ise temyiz yoluna başvurulabilir. Hakem kararlarına karşı ise istinaf ve temyiz yolu açık olmayıp HMK'nın 439'uncu maddesi uyarınca tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde iptal davası açılabilir. Hakem kararlarına karşı iptal davası ancak Kanun'da öngörülen sebeplere dayanılarak açılabilir. Yasaklılık hâllerinin bulunmasına rağmen hakemin yargılama yapıp karar vermiş olması ise iptal sebepleri arasında yer almaz. Ancak yasaklılık hâllerinin mevcut olduğunun hakem tarafından taraflara açıklanmamış olması, hakem sözleşmesinin hile ile sakatlanmış olması sonucunu doğurur ve HMK m. 439/II hükmü kapsamında iptal sebebi sayılarak iptal davası açılabilir.¹²⁶

II. HAKEMİN REDDİ USULÜ

Taraflar, hakemin reddi usulünü serbestçe kararlaştırabilirler (HMK m. 418/I).¹²⁷ Bu durum, tahkim yargılamasında taraf iradesine üstünlük tanınmasının bir sonucudur.¹²⁸ Hakemin reddi usulünün taraflarca serbestçe kararlaştırılabilecek olması, tarafların sınırsız bir ser-

¹²⁵ Özbek, Hakemin Reddi, s. 73.

¹²⁶ Umar, s. 1209.

¹²⁷ Aynı hüküm Alman Medeni Usul Kanunu'nda da yer almaktadır (ZPO Art. 1037, Abs. 1). Uygulamada tarafların bu yönde anlaşma yaptıkları sık karşılaşılan bir durum değildir (Weber-Stecher, Art. 367, N. 10; Balkar Bozkurt, s. 287; Yeşilova, s. 611).

¹²⁸ Gasser/Rickli, s. 336; Sutter-somm/Seiler, Art. 369, N. 1; Gabriel/Buhr, Art. 369, N. 6; Kröll, s. 196; Wiczorek/Schütze, s. 468; Özbek, Tahkim, s. 1022.

bestliğe sahip olduğu anlamına gelmez. Hakemin reddi usulü, taraflar arasındaki eşitliği bozucu şekilde düzenlenemez.¹²⁹

Tarafların hakemin reddi usulünü tahkim sözleşmesinde belirlemesi mümkün olmakla birlikte böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.¹³⁰ Tahkim sözleşmesi dışında, taraflar arasında yer alan tahkim şartında da hakemin reddi usulü kararlaştırılmış olabilir. Örneğin, taraflar tahkim şartında tahkim usulüne UNCITRAL tahkim kurallarının uygulanacağını kararlaştırmışlarsa, hakemin reddi hâlinde öncelikli olarak UNCITRAL tahkim kuralları uygulanır.¹³¹ Ancak taraflarca hakemin reddi usulünün belirlenmemesi hâlinde HMK m. 417 ve 418 hükümlerine göre belirleme yapılır.¹³²

A. Ret Talebinin İleri Sürülmesi

1. Hakemin Reddi Talebinin Taraflarca İleri Sürülmesi

Tahkim yargılamasının tarafları, hakemin kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığını, kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebinin mevcut olduğunu veya tarafsızlıktan şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulların gerçekleştiğini ileri sürerek hakemin reddini talep edebilirler. Hakemin reddi talebi ile birlikte, reddedilen hakem yerine yeni bir hakem seçilmesi istenemez. Hakemin reddi talebi hakkında karar verilmeden, hakem yerine başka bir hakemin seçilmesi söz konusu olamaz.¹³³ Zira henüz hakemin reddi talebinin kabul edilip edilmeyeceği belli değildir.

Tahkim yargılamasının tarafları, seçilen tek hakemi reddedebileceği gibi, hakem kurulu üyelerinden bazılarını veya tümünü red-

¹²⁹ Konuralp, s. 184.

¹³⁰ Ekşi, s. 148. Taraflar hakemin reddi usulünü tahkim sözleşmesinde veya başka bir belgede düzenleyebilirler (Özbek, Tahkim, s. 1029).

¹³¹ Weber-Stecher, Art. 367, N. 8; Ekşi, s. 148; Balkar Bozkurt, s. 287; Özbek, Hakemin Reddi, s. 76.

¹³² Ekşi, s. 148; Özbek, Hakemin Reddi, s. 76; Özbek, Tahkim, s. 1029.

¹³³ Kuru, s. 6030; "Bu davada hem hakemin reddi cihetine gidilmiş ve hem de bu hakem yerine diğer bir hakemin mahkemece tayini istenmiştir. Oysa bu iki isteğin aynı davada ileri sürülmesi mümkün değildir. Çünkü hakem reddi ile ilgili konu kesin olarak hallolunmadan esasen o hakem yerine bir başkasının seçilmesi düşünülemez" Yargıtay 4. HD, 6.4.1981, 1117/4445 (Yasa 1981/6, s. 808-809; Kuru, s. 6030).

dedebilir. Bu bağlamda, HMK'nın 418'inci maddesinin ikinci fıkrası, hakemin reddi talebi hakkında, hakem kurulunun diğer üyelerinin karar çoğunluğuna sahip olması hâline özgüdür. Üç kişilik hakem kurulunda bir üyenin reddedilmesi bu duruma örnek olarak verilebilir. HMK'nın 418'inci maddesinin dördüncü fıkrasında ise seçilen tek hakemin, hakem kurulunun tümünün veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddi düzenlenmiştir. Karar çoğunluğunu ortadan kaldırmayacak sayıda hakemin reddi talebinin hakem kuruluna yöneltilmesi gerekirken diğer durumlarda mahkemeye başvurulması gerekir.

Taraflardan birinin kendisi tarafından atanan hakemi reddedip reddedemeyeceği üzerinde de durulmalıdır. HMK'nın 417'inci maddesinde bu husus açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, taraflardan birisi kendi atadığı veya atanmasına katıldığı hakemi yalnızca hakemin atanma tarihinden sonra öğrendiği ret sebeplerine dayanarak reddedebilir.¹³⁴ Görüldüğü üzere, taraflardan birisi kendisi tarafından atanan bir hakemi dahi reddedebilmektedir. Ancak böyle bir durumda hakemin reddedilmesi ret sebebinin hakemin atanma tarihinden sonra öğrenilmesine bağlıdır. Diğer bir ifade ile, hakemi atayan taraf, ret sebebinin hakemin atanma tarihinden önce biliyorsa, hakemin reddini talep edemez. Bu şekilde bir sınırlama getirilmesi, hakemi atayan veya atanmasına katılan tarafın haksız yere ret talebinde bulunmasına engel olma ve tahkim yargılamasının daha hızlı bir şekilde sonuçlanmasını sağlama amacı taşır.¹³⁵ Zira taraflar hakemi seçerken bildikleri, ancak önemsemedikleri bir sebebe dayanıp hakemin reddini isteyerek tahkim yargılamasını sekteye uğratabilirler.¹³⁶ Bu durum ise, dürüstlük ve iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz.¹³⁷

¹³⁴ Alman Medeni Usul Kanunu'nda da bir tarafın atadığı veya atanmasına yardım ettiği bir hakemi, yalnızca atama sonrasında öğrendiği nedenlerle reddedebileceği düzenlenmiştir (ZPO Art. Abs. 2).

¹³⁵ Pfister, s. 180; Yılmaz, s. 5452; Konuralp, s. 184; Weber-Stecher, Art. 367, N. 27; Çon, s. 113; Özbek, Hakemin Reddi, s. 75; Özbek, Tahkim, s. 1011; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 751; Karadaş, s. 137.

¹³⁶ Pfister, s. 180; Balkar Bozkurt, s. 305; Kayalı, Bağımsızlık, s. 131-132; Kaplan, Bağımsızlık, s. 47.

¹³⁷ Dasser, Art. 367, N. 15; Weber-Stecher, Art. 367, N. 27; Sutter-Somm/Seiler, Art. 367, N. 10; Balkar Bozkurt, s. 305; Kaplan, Bağımsızlık, s. 47; Kayalı, Bağımsızlık, s. 132.

HMK'nın 417'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "atanmasına katıldığı" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine de değinilmelidir. Burada kastedilen husus, tarafların her ikisinin de aynı kişiyi hakem olarak görevlendirmesi veya üçüncü hakemin taraflarca birlikte belirlenmesidir. Böyle bir durumda, taraflardan her biri hakemin seçilmesine katılmış olmaktadır.¹³⁸

2. Ret Talebinin Diğer Tarafa Bildirilmesi

Ret talebi, karşı tarafa değil, hakem kuruluna (veya mahkemeye) hitaben ileri sürülmelidir.¹³⁹ Ayrıca hakemi reddetmek isteyen taraf, ret talebini karşı tarafa yazılı olarak bildirir. Belirtmek gerekir ki, HMK'nın 418/II'nci maddesinde iki ayrı durum söz konusudur. Bunlar, hakemin reddi talebinde bulunulması ve hakemin reddi talebinde bulunulduğunun karşı tarafa yazılı olarak bildirilmesidir. Hakemi reddetmek isteyen tarafın talebini hakem kuruluna iletmesinin ardından diğer tarafa yazılı olarak bildirim yapma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Ayrıca ret talebine karşı cevap verebilmesi açısından ret sebeplerinin de diğer tarafa bildirilmesi önem taşır.¹⁴⁰

Ret talebinde bulunan tarafın, talebini karşı tarafa yazılı olarak bildirmesi gerekir. Sözlü bildirim yapılması yeterli değildir. Ret talebinin diğer tarafa yazılı olarak bildirilmemiş olması hâlinde, hukukî dinlenilme hakkının gereği olarak bu bildirim hakem kurulunca yapılması gerekir. Hakem kurulunun böyle bir bildirim yapmadan karar vermesi, hakem kararının iptaline neden olabilir.¹⁴¹ Ret talebinin doğrudan mahkemeye yapıldığı durumlarda, diğer tarafa bildirim yapılmamışsa, mahkemenin bu bildirimini diğer tarafa ve hakemlere yapması gerekir. Zira diğer tarafın hukukî dinlenilme hakkı tanınması ve hakeme çekilme hakkı tanınması bakımından bu bildirim yapılması önem taşır.¹⁴²

Karşı tarafa ret konusunda doğrudan mı yoksa hakem kurulu (veya mahkeme) aracılığıyla mı bildirim yapılacağına değinilmelidir.

¹³⁸ Ekşi, s. 146.

¹³⁹ Umar, s. 1211.

¹⁴⁰ Özbek, Hakemin Reddi, s. 77.

¹⁴¹ Özbek, Hakemin Reddi, s. 77; Özbek, Tahkim, s. 1030.

¹⁴² Özbek, Hakemin Reddi, s. 77.

Kanaatimizce, hakemin reddi talebinde bulunan tarafın karşı tarafa doğrudan bildirim yapması gerekir. Zira Kanun'da yer alan "bu talebini karşı tarafa yazılı olarak bildirir" ifadesi, herhangi bir aracı kullanmaksızın ret talebinde bulunan tarafın diğer tarafa bildirim yapacağına işaret etmektedir. Şayet hakem kurulu veya mahkeme aracılığıyla bildirim yapılması istenseydi, Kanun'a "ret talebini alan hakem kurulu (veya mahkeme) karşı tarafa derhâl bildirim yapar" şeklinde ifade eklenebilirdi. Burada amaç, karşı tarafa ret talebini kabul edip etmeme hususunda düşünme imkânı vermektir.

Hakemin reddi talebinde bulunan tarafın bu talebini diğer tarafa hangi süre içerisinde bildirmesi gerektiğine ilişkin Kanun'da açıklık yoktur. Kanaatimizce ret süresi içerisinde bu bildirim yapılması uygun olur.

3. Hakemin Kendiliğinden Çekilmesi

Taraflardan birinin hakemi reddetmesi hâlinde, hakem çekilme hakkına sahiptir. Hakem, ret talebi açıkça dayanaktan yoksun değilse ya da tahkim yargılamasını uzatma amacıyla yapılmıyorsa, kendiliğinden çekilmeyi tercih edebilir.¹⁴³ Hakemin reddinin talep edilmesi durumunda, hakem kendiliğinden çekilebileceği gibi ret talebi hakkında bir karar verilmesini de bekleyebilir. Hakem kendiliğinden çekilmek isterse, hakemin görevde kalması için zorlanması söz konusu olamaz.¹⁴⁴

Hakemin kendiliğinden çekilmesi ile hakem sözleşmesi feshedilmiş olur.¹⁴⁵ Belirtmek gerekir ki, hakemin görevden çekilmesi, tek başına, ret sebeplerinin oluştuğunu göstermez.¹⁴⁶ Örneğin, tarafsızlığından şüphe duyulduğu için ret talebinde bulunulmuşsa ve hakem

¹⁴³ Özbek, Hakemin Reddi, s. 64; Özbek, Tahkim, s. 1018.

¹⁴⁴ Pfister, s. 194; Balkar Bozkurt, s. 285. Hakemin ret talebinin dayanaktan yoksun olması hâlinde görevden çekilemeyeceğine ilişkin bkz. Pfister, s. 194.

¹⁴⁵ Günter Henn, Schiedsverfahrensrecht, 3. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000, s. 72; Dasser, Art. 369, N. 6.

¹⁴⁶ Mankowski, s. 306; Tanrıver, s. 365; Balkar Bozkurt, s. 285; Balaban, s. 5051. MTK m. 7/F/3 hükmünde bu husus açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu hükme göre, "Hakemin görevinden çekilmesi veya diğer tarafın hakemin yetkisinin sona ermesine muvafakat etmesi, hakemin ret sebeplerinin varlığının kabulü anlamına gelmez".

kendiliğinden çekilmişse, bu durum hakemin taraf tuttuğu anlamına gelmez. Hakem, kendisine güven duyulmadığı bir tahkim yargılamasında daha fazla görev yapmak isteyebilir. Bu nedenle, çekilmeyi tercih edebilir.¹⁴⁷

B. Ret Talebinin Süresi

Hakemi reddetmek isteyen taraf, hakemin veya hakem kurulunun seçiminden ya da hakemin reddi talebinde bulunabileceği bir durumun ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren iki hafta içinde ret talebinde bulunabilir (HMK m. 418/II).¹⁴⁸ Görüldüğü üzere hakemin reddi iki hafta ile sınırlandırılmıştır. Hakemin reddi talebinin belirli bir süreye tabi tutulması, hakkın kötüye kullanılmasına engel olma, zaman ve para kaybını en aza indirme amacı taşır.¹⁴⁹ Zira âdil ve tarafsız bir yargılamanın gerçekleşmesinin sağlanması için hakemin reddi talep edilebileceği gibi usulü birtakım avantajlar elde etme ve yargılamayı geciktirme niyetiyle de bu yola başvurulabilir.¹⁵⁰ Bu nedenle, ret talebinde bulunulması için belirli bir süre öngörülmesi, kötü niyetli hareket edilmesinin önüne geçilmesi bakımından önem taşır.

Davaya bakmaktan yasaklılık hâlleri gibi kamu düzenine ilişkin bir sebeple hakemin reddinin süre sınırlaması olmaksızın yargılamanın her aşamasında talep edilebileceği ileri sürülmektedir.¹⁵¹ Taraflar-

¹⁴⁷ Mankowski, s. 306.

¹⁴⁸ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda bu süre otuz gün olarak belirlenmiştir (m. 7/D/2). Alman Medeni Usul Kanunu'nda HMK ile aynı doğrultuda düzenleme yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, hakem kurulunun oluşmasından veya ZPO Art. 1036 Abs. 2 kapsamında yer alan durumdan haberdar olduktan sonraki iki hafta içinde ret gerekçesini hakem kuruluna yazılı olarak sunmalıdır (ZPO Art. 1037, Abs. 2). Ayrıca Alman hukukuna göre taraflar farklı ret süresi de kararlaştırabilirler (Henn, s. 72; Prütting/Gehrlein, s. 2490).

¹⁴⁹ Planinic/Erk-Kubat, Art. 367, N. 7; Balkar Bozkurt, s. 306; Kayalı, Bağımsızlık, s. 109; Yeşilova, s. 608.

¹⁵⁰ Yeşilova, s. 604-605.

¹⁵¹ Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 765; Özbay/Korucu, s. 69-70; Yılmaz, s. 5454; Özbek, Hakemin Reddi, s. 77; Çon, s. 114 " ... Bir anonim şirkette genel müdür olarak görev yapan bir kişinin o şirketin temsilcisi ve davanın tarafı sayılması gerektiğinden aynı şirketin davasında hakem olarak görev almasının, tarafsız olması gereken hakemlik müessesesiyle bağdaşmayacağı ortadadır. Bu durumda hakem... davaya bakmaktan yasaklı olduğu gibi HUMK'un 29. maddesinin 6. bendinde (umumiyetle hâkimin bir tarafılığından şüpheli mucip esbabı mühimme bulun-

dan her biri, hakemin çekilmesini gerektiren sebeplerin varlığı konusunda aralarında uyumsuzluk olursa, mahkemeden hakemin yetkisinin sona erdirilmesi konusunda karar verilmesini isteyebilir. Mahkemenin vereceği karar kesindir (HMK m. 420/II).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 418/II'de hakemin reddinin talep edilmesi için iki haftalık süre öngörülmeyle birlikte, sürenin geçirilmesi hâlinde, sonuçların ne olacağı açıkça belirtilmemiştir. Hakemin reddi sebebinin mevcut olduğunu öğrenen tarafın süresi içinde hakemin reddini talep etmemesi hâlinde, bu hakkından feragat ettiği, sürenin geçmesiyle hakkın düşeceği ileri sürülmektedir.¹⁵² Ayrıca bu süresi içinde kanaatimizce de süresi içinde hakemin reddini istemeyen taraf, daha sonra aynı nedene dayanarak ret talebinde bulunamamalıdır. Zira hakemin reddi talebinin süreyle sınırlandırılması hakkın kötüye kullanılmasına ve zaman kaybına ve gereksiz masraf yapılmasına engel olma amacı taşır. Süresinden sonra da hakemin reddedilebileceği kabul edilirse, Kanun'da süre öngörülmesinin bir anlamı kalmaz.¹⁵³

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 418'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, seçilen tek hakemin, hakem kurulunun tümünün veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemi reddi hâlinde sadece mahkemeye başvurulabileceği belirtilmiş olmakla birlikte, hangi süre içerisinde mahkemeye başvurulacağı açıkça düzenlenmemiştir. Doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, diğer durumlarda hakemin reddi için öngörülen iki haftalık sürenin, böyle bir durum bakımından da geçerli olduğu kabul edilmelidir.¹⁵⁴

ması) da ret sebebi olarak kabul edilmektedir... Esasen Yasanın 28. maddesi hükümüne bu davaya bakmaktan memnu olan ve istinkafa mecbur olan hakemle ilgili ret talebi, işin kamu düzeniyle ilgili olması nedeniyle bir süreyle de sınırlandırılmaz..." Yargıtay 15. HD, T. 18.01.2006, 5778/93 (Yılmaz, s. 5454-5455).

¹⁵² Mankowski, s. 312; Planinic/Erk-Kubat, Art. 367, N. 8; Dasser, Art. 367, N. 18; Weber-Stecher, Art. 367, N. 32; Sutter-Somm/Seiler, Art. 369, N. 5; Schwander, Art. 369, N. 6; Prütting/Gehrlein, s. 2490; Balkar Bozkurt, s. 343; Kaplan, Bağımsızlık, s. 70; Kaplan, Usule Aykırılık, s. 112; Kayalı, Bağımsızlık, s. 78-79; Yeşilova, s. 609. Tarafsızlık veya bağımsız ilkesini ihlâl eden bazı durumlarda hakemin reddi talebinin süresi içinde ileri sürülmemesi, hakkın düşmesine neden olmaz (Özbek, Hakemin Reddi, s. 42, 57; Kemal Dayınlarlı, HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim, Sözkese Matbaası, Ankara, 1997, s. 50).

¹⁵³ Aynı yönde ayrıca bkz. Balkar Bozkurt, s. 344.

¹⁵⁴ Konuralp, s. 185.

C. Ret Sebebinin Gerçekleştiğinin İspatı

Tahkim yargılamasının taraflarına, görevlendirilen hakemi bağımsızlığından ve tarafsızlığından şüphe duyulmasını haklı gösteren durumların gerçekleşmesi hâlinde reddetme imkânı tanınmıştır. Ancak tarafların bu hakkı kötüye kullanması imkân dâhilindedir. Bu nedenle, kanun koyucu, hakemin reddi talebinin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla hakemin reddinin gerekçeli olarak istenebileceğini düzenlemiştir.¹⁵⁵ Hakemin reddi talebinde bulunan tarafın ret sebebinin gerçekleştiğini ispatlaması gerekir.¹⁵⁶ Ret talebini inceleyecek olan merciin ret sebeplerinin mevcut olup olmadığını re'sen araştırma mecburiyeti yoktur.¹⁵⁷

Hakemin reddi talebinde bulunan tarafın, ret sebebinin ne zaman ve nasıl öğrenildiğine dair delil sunması gerekir.¹⁵⁸ Hakemin taraflı davranması gizli bir durum olup, bunun ispatı için hakemin reddini talep eden tarafın doğrudan delil göstermesi ve somut ve objektif olarak ispatlanması oldukça zordur.¹⁵⁹ Zira tarafsızlık, hakemin düşüncesine ilişkin soyut ve öznel sübjektif nitelik taşır.¹⁶⁰ Bu bağlamda taraflı davranıldığı gerekçesiyle hakemin reddi talebinde bulunulması hâlinde aranan ispat ölçüsünün ne olacağı önem arz etmektedir. Bir görüşe göre, sıkı ispat koşulları yerine, hakemin tarafsız davranmadığının somut emarelerle ispatlanması yeterli olarak kabul edilmelidir.¹⁶¹ Di-

¹⁵⁵ Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 765-766.

¹⁵⁶ Gabriel/Buhr, Art. 369, N. 37; Weber-Stecher, Art. 369, N. 26. İspat yükünün sadece hakemin reddi talebinde bulunan tarafa yükletilmesinin eleştiriye açık olduğuna ilişkin bkz. Pfister, s. 186.

¹⁵⁷ Weber-Stecher, Art. 369, N. 26.

¹⁵⁸ Pfister, s. 187.

¹⁵⁹ Planinic/Erk-Kubat, Art. 367, N. 3; Dasser, Art. 367, N. 13; Schwander, Art. 367, N. 11; Pfister, s. 76; Kaplan, Bağımsızlık, s. 59; Kaplan, Usule Aykırılık, s. 110; Nomer, Kamu Düzeni, s. 569.

¹⁶⁰ Planinic/Erk-Kubat, Art. 367, N. 3; Schwander, Art. 367, N. 11; Boog/Stark-Traber, Art. 363, N. 10; Koch, s. 328; Sam Luttrell, Bias Challenges in International Commercial Arbitration, The Need for A Real Danger Test, 2009, s. 23; Kayalı, Mesele, s. 1487; Kayalı, Bağımsızlık, s. 22; Kalpsüz, Bağımsızlık, s. 30; Kalpsüz, Tahkim, s. 56; Yeşilova, s. 177; Balkar Bozkurt, s. 338; Karaca, s. 208.

¹⁶¹ Planinic/Erk-Kubat, Art. 367, N. 3; Dasser, Art. 369, N. 4; Kaplan, Bağımsızlık, s. 59; Kaplan, Usule Aykırılık, s. 110; Özbek, Hakemin Reddi, s. 74; Nomer, Kamu Düzeni, s. 569; "...tahkim yargılamasına ilişkin dosya ile mahkememize açılan işbu dosya kapsamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde reddi talep edilen hakemlerin HMK 417. maddesinde sözü edilen tarafsızlık ve bağımsızlıklarından

ğer görüşe göre ise, hukukî belirlilik ilkesinin bir gereği olarak hakemin taraflı davranmasının hakem kararına etki ettiğinin yüksek ispat ölçüsüyle ispatlanması gerekir.¹⁶² Kanaatimizce ispat ölçüsünün her somut durum özelinde ayrı ayrı değerlendirilmesi uygun olur. Hakemin tarafsız olmadığı hususu bazı hâllerde yüksek ispat ölçüsüyle ispatlanabilir. Hakemin taraflardan birinin çok yakın akrabası olduğunun sonradan öğrenilmesi ve ret talebinde bulunulması hâlinde tarafsız olunmayacağı olgusunun ispatlanması bu duruma örnek olarak verilebilir. Buna karşılık, kesin bir şekilde ispatın yapılamadığı bazı durumlarda, hakemin tarafsız olmadığına yaklaşık ispat ölçüsünde ispatlanması da yeterli olarak kabul edilmelidir.

Hakemin tarafsız davranmadığının yargılama sırasında dışa yansıyan hâl ve davranışlarından anlaşılması da mümkündür.¹⁶³ Örneğin, bir tarafın sunduğu delillerin haklı neden olmaksızın karar verirken dikkate alınmaması tarafsız davranmadığının bir göstergesidir.¹⁶⁴ Tarafsızlık kişinin iç dünyasına ilişkin bir durumdur. Bu nedenle, kişilerin kendi iç dünyasındaki duygu ve düşünceler dışa yansımadığı sürece dikkate alınmaz ve hukukî sonuç doğurmaz.¹⁶⁵

Hakemin bağımsız olmadığı iddiasının ispatı, hakemin tarafsızlığına göre daha kolay bir şekilde ispatlanabilir. Zira bu tür bir ilişkinin (bağımsızlığın) mevcut olduğunun belirli bağlantı, ilişki ve durumlar ile somut şekilde tespiti mümkün olduğu için hakemin bağımsızlığına yönelik değerlendirme objektif olarak yapılabilir.¹⁶⁶

şüphe edilmesini haklı gösteren durum ve koşulların gerçekleştiği iddiasının sübutuna elverişli somut delillere rastlanılmadığı gibi tahkim yargılaması sürecinde alınan kararlara yönelik HMK 439. maddesi kapsamında (HMK 439/2-b,f maddesi) Bölge Adliye Mahkemesi nezdinde açılabilecek iptal davası ile yargısal denetimin yapılabileceği sonuç ve kanaatine varılarak yasal koşulları gerçekleşmeyen hakemlerin reddi talebinin reddine dair aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir”, Ankara 13. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 14.09.2020, 280/350 (Özbek, Hakemin Reddi, s. 74, dn. 96).

¹⁶² Özbek, Hakemin Reddi, s. 60.

¹⁶³ Can/Tuna, s. 275.

¹⁶⁴ Can/Tuna, s. 275.

¹⁶⁵ Can/Tuna, s. 275.

¹⁶⁶ Kalpsüz, Bağımsızlık, s. 30; Kayalı, Mesele, s. 1486; Balkar Bozkurt, s. 338; Karaca, s. 208; Kayalı, Bağımsızlık, s. 20.

D. Ret Talebinin İncelenmesi

a. Hakem Kurulunca İnceleme

Reddedilen hakem kendiliğinden çekilmez veya diğer taraf reddi kabul etmez ise, ret hakkında hakem kurulunca karar verilir (HMK m. 418/II). Belirtmek gerekir ki hakemin reddine ilişkin her talep, hakem kurulunca incelenip karara bağlanamaz. Ret talebi, ancak hakem kurulundan bir veya birden çok hakemin reddi hâlinde hakem kurulu tarafından incelenir. Ayrıca, hakem kurulu tarafından inceleme yapılabilmesi için, hakem kurulundan karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddedilmemiş olması gerekir. Zira tek hakemin, hakemlerin tamamının veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddi için ancak mahkemeye başvurulabilir.

Ret talebi hakkında hakem kurulunca karar verilebilmesi için hakemin kendiliğinden çekilmemesi veya diğer tarafın talebi kabul etmemesi gerekir. Bununla birlikte, hakem kendiliğinden çekilmemesine rağmen diğer taraf ret talebini kabul ederse, taraflar bu hususta anlaşmaları için hakemin görevi sona erer.¹⁶⁷ Hakem kurulu artık ret talebi hakkında karar veremez.¹⁶⁸ Böyle bir durumda istisnalar hariç olmak üzere, yeniden hakem seçilmesi yoluna gidilmesi gerekir.¹⁶⁹

Doktrinde bir görüşe göre, HMK m. 418/II uyarınca hakem kurulundan bir üyenin reddi hâlinde, ret talebi hakkında hakem kurulunca karar verilir ve verilen karara karşı yargı yoluna başvurulamaz. HMK m. 418/III uyarınca ise hakem kurulundan sadece bir hakemin reddi hâlinde dahi, ret talebi hakkında hakem kurulu karar verecek ve verilen talebin reddi kararına karşı bir ay içinde mahkemeye başvurulabilir. O hâlde, HMK'nın 418'inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası arasında çelişki vardır.¹⁷⁰ Kanaatimizce, hakem kurulundan bir üyenin reddedilmesinin hem HMK m. 418/II'de hem de m. 418/III'de düzenlenmesi kanun yapma tekniği açısından sorunludur. Zira söz konusu

¹⁶⁷ "Bir hakem, hukuki veya fiilî sebeplerle görevini hiç ya da zamanında yerine getiremediği takdirde hakemlik görevi, çekilme veya tarafların bu yönde anlaşmaları suretiyle sona erer" (HMK m. 420/I).

¹⁶⁸ Atalı/Ermeneç/Erdoğan, s. 751; Özbek, Hakemin Reddi, s. 78; Özbek, Tahkim, s. 1031.

¹⁶⁹ Özbek, Hakemin Reddi, s. 78.

¹⁷⁰ Ekşi, s. 147.

durum, uygulamada belirsizliğe neden olabilecek niteliktedir. Bu nedenle, her iki fıkranın birleştirilerek yeniden düzenleme yapılması yerinde olur. Bununla birlikte, HMK m. 418/II hükmü uyarınca hakem kurulundan bir üyenin reddi talebi hakkında verilen karara karşı başvuru yolunun bulunmadığı, HMK m. 418/III hükmü uyarınca ise ret talebinin reddi hâlinde mahkemeye başvurulabileceği, bu nedenle, her iki fıkra arasında çelişki bulunduğu görüşüne katılamamaktayız. Zira hakem kurulundan bir üyenin reddine ilişkin olarak hem HMK m. 418/II hem de m. 418/III hükümlerinde düzenleme yer alması kanun yapma tekniği açısından sorunlu olsa da bir bütün olarak değerlendirilmelidir. HMK m. 418/II hükmünden hakem kurulunca ret talebi hakkında verilen kararlara karşı başvuru yolunun bulunmadığı açıkça anlaşılmamaktadır. Bu nedenle, her iki fıkradaki düzenlemeyi birbirinin devamı niteliğindeki düzenlemeler olarak kabul etmek gerekir.

Reddi istenen hakemin söz konusu yargılamaya katılıp katılmayacağına ilişkin kanunda açıklık bulunmamaktadır. Karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıdaki hakemin veya seçilen tek hakemin reddi talebi mahkemece inceleneceğinden söz konusu durumlarda reddedilen hakem yargılamaya katılamaz. Bununla birlikte, hakem kurulundan sadece bir veya karar çoğunluğunu ortadan kaldırmayacak sayıda hakemin reddi hâlinde reddedilen hakemin yargılamaya katılıp katılmayacağı bir sorun teşkil etmektedir.¹⁷¹ Bu hususa ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, talep hakkında hakem kurulunca karar verileceğinin düzenlenmesi ve kurulun oluşumuna ilişkin herhangi bir istisnaya açıkça yer verilmemiş olması reddi talep edilen hakemin de yargılamaya katılabilmesinin mümkün olduğunu gösterir. Reddi talep edilen hakemin yargılamaya katılmayacağına kabul edilmesi, geriye kalan hakemlerin karar yeter sayısını sağlayamama sorununun ortaya çıkmasına neden olabilir.¹⁷² Diğer görüşe göre, reddedilen hakem, menfaati bulunduğundan dolayı yargılamaya katılamaz.¹⁷³

¹⁷¹ İsviçre doktrininde ret hakkının kötüye kullanıldığının belli olduğu veya açıkça dayanaktan yoksun talepler hakkında hakem kurulunun kendisinin karar verebileceği ifade edilmektedir (Dasser, Art. 369, N. 3).

¹⁷² Yeşilova, s. 620.

¹⁷³ Yılmaz, s. 5456.

Doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere,¹⁷⁴ ret talebi hakkında karar verme yetkisi hakem kurulundan alınarak sadece mahkemeye bırakılmalıdır. Zira tarafın kendi atadığı hakeme diğer tarafın atadığı hakemin reddi talebi hakkında karar verme yetkisi verilmesi kötüye kullanılabilir. Davacı hakemi ile hakem kurulu başkanının aralarında anlaşarak uydurma bir ret talebini kabul etmesi ihtimâl dâhilindedir. Ayrıca hakem kurulunun ret talebinin kabul etmesi hâlinde karara karşı mahkemeye başvurulamayacak olması, denetimsiz ve keyfi uygulamalara sebebiyet verebilir.

b. Mahkemece İnceleme

Tahkim yargılaması için tek hakem görevlendirilmesi ve bu hakemin reddi talebinde bulunulması hâlinde, talep hakkında hakemin karar vermesi mümkün olmayıp, mahkemece bir karar verilmesi gerekir. Aynı şekilde hakem kurulunun tüm üyelerinin ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddi hâlinde de hakem kurulunca bir karar verilmesi imkânsız olduğundan mahkeme ret talebi hakkında karar vermelidir. Zira böyle bir ret talebi hâlinde karar verecek bir hakem mekanizması bulunmamaktadır.¹⁷⁵ Bu bağlamda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 418'inci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan düzenleme, hakemin reddi talebi hakkında hakemlerin karar vermesinin mümkün olmadığı hâllere ilişkindir.

Hakemin reddi talebinin incelenmesi hususunda mahkeme iki durumda görev yapmaktadır. Birincisi, hakemin reddi talebinin doğrudan mahkemeye yapılması ve mahkemece incelenmesidir. İkinci durum ise, hakem kurulunun kararına karşı mahkemeye başvurulmasıdır. Hakem kurulundan bir veya birden çok hakemin reddini isteyen taraf, ret talebini ve gerekçesini hakem kuruluna bildirir. Ret talebinin kabul edilmediğini öğrenen taraf, bu tarihten itibaren karara karşı bir ay içinde mahkemeye başvurarak bu kararın kaldırılmasını ve hakem

¹⁷⁴ Özbek, Hakemin Reddi, s. 79; Özbek, Tahkim, s. 1032. Hakem kurulunun kendi üyeleri hakkında karar verecek olması psikolojik baskı unsuru oluşturur; bu yönüyle eleştiriye açıktır (Kayalı, Bağımsızlık, s. 111).

¹⁷⁵ Mustafa Kılıçoğlu, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 1477. Hakem kurulunun tüm üyelerinin reddedilmesi hâlinde, daha ihtiyatlı davranılmalı ve hakem kurulunun tek bir üyesinin reddine kıyasla daha katı bir değerlendirme yapılması yerinde olur (Weber-Stecher, Art. 368, N. 3; Sutter-Somm/Seiler, Art. 368, N. 1).

veya hakemlerin reddine ilişkin talep hakkında karar verilmesini isteyebilir (HMK m. 418/III).¹⁷⁶ Hakemin reddi talebinin hakem kurulunca reddedilmesi hâlinde karara karşı başvuru yapılan mahkeme, sadece hakem kurulunun kaldırılmasına karar vermeyip, aynı zamanda hakemin reddi talebi hakkında da karar verir. Hakemin reddi talebinin öncelikle hakem kurulunca incelenecek olması, ret gerekçesinin haklı olup olmadığının hakem kurulu tarafından en doğru şekilde takdir edileceği, kötüye kullanılan ret talepleriyle zaman kaybına ve gereksiz masrafa engel olma düşüncesiyle kabul edilmektedir.¹⁷⁷

Belirtmek gerekir ki, hakem kurulunun ret talebinin reddine karar vermesi hâlinde durumu öğrenen taraf öğrendiği tarihten itibaren karara karşı bir ay içinde mahkemeye başvurarak kararın kaldırılmasını ve ret talebi hakkında karar verilmesini isteyebilir. Buna karşılık, hakem kurulu hakemin reddi talebini kabul etmişse verilen karara karşı mahkemeye başvurulması mümkün değildir. Hakem kurulunun ret talebini reddetmesi hâlinde karara karşı mahkemeye başvurulması imkânı tanınmasına rağmen kabul etmesi hâlinde başvuru yolunun kapatılmış olması bir çelişki teşkil eder.¹⁷⁸

Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir (HMK m. 410/I).

Hakemin reddi talebinin duruşmalı mı yoksa dosya üzerinden mi inceleneceğine değinilmelidir. Mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 521'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, ret talebi üzerine davayı görmeye yetkili hâkimin reddedilen hakemi ve iki tarafı dinledikten sonra kararını vereceği düzenlenmişti. Mülga HUMK döneminde hakemin reddi talebi hakkındaki kararın duruşmalı ola-

¹⁷⁶ Alman Medeni Usul Kanunu'na göre ise, ret talebinin kabul edilmemesi hâlinde kararın öğrenilmesinden itibaren bir ay içinde mahkemeye başvurulabilir. Tarafların buna ilişkin başka bir süre kararlaştırmaları da mümkündür (ZPO Art. 1037 Abs. 3).

¹⁷⁷ Balkar Bozkurt, s. 294; Taşkın, Tahkim, s. 118.

¹⁷⁸ Aynı yönde bkz. Özbek, Hakemin Reddi, s. 78; Özbek, Tahkim, s. 1031.

rak inceleneceği açıkça belirtilmişti. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hakemin reddi talebinin nasıl inceleneceğine ilişkin bir açıklık mevcut değildir. HMK'da hâkimin reddi talebine ilişkin kararın dosya üzerinden inceleme yapılarak da verilebileceği düzenlenmiştir (m. 42/I). Bu hükmün, hakemin reddi bakımından da geçerli olup olmayacağı değerlendirilmelidir. HMK m. 444/I hükmüne göre, "Bu kısımda düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça bu Kanunun diğer hükümleri uygulanmaz". O hâlde hâkimin reddi talebinin dosya üzerinden de incelenebileceğine ilişkin hükmün hakemin reddi bakımından da geçerli olduğu söylenemez. Bununla birlikte, hakemin ret talebine ilişkin olarak savunma hakkını kullanabilmesi açısından incelemenin duruşmalı olarak yapılması uygun olur. Doktrinde de reddedilen hakemin dinlenilmesi ve taraflara hukuki dinlenme hakkı tanınması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁷⁹

E. Hakemin Reddi Talebinin İncelenmesi Esnasında Tahkim Yargılamasının Durumu

Bağımsızlığından ve tarafsızlığından şüphe edildiği gerekçesiyle hakemin reddinin talep edilmesi hâlinde, hakemin de üyesi olduğu hakem kurulunun yargılamaya devam edip etmeyeceği hususunun değerlendirilmesi gerekir. HMK'da, hakemin reddi talebi incelenirken tahkim yargılamasının devam edip etmeyeceği hususunda herhangi bir hüküm mevcut değildir.¹⁸⁰ Doktrinde ise bu hususa ilişkin olarak farklı görüşler ileri sürülmektedir.

¹⁷⁹ Weber-Stecher, Art. 369, N. 9, 26.

¹⁸⁰ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da bu hususa ilişkin açık bir hüküm mevcut değildir. Ancak UNCITRAL Model Kanunu 13'üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "Hakem heyeti, reddi talep edilen hakem de dâhil olmak üzere, tahkim yargılamasına devam edebilir ve karar verebilir". Aynı şekilde Alman Medenî Usûl Kanunu'na göre de ret talebinin incelenmesi esnasında hakem kurulu, reddedilen hakem de dahil olmak üzere, tahkim yargılamasını devam ettirebilir ve karar verebilir (ZPO Art. 1037 Abs. 3). Bu düzenlemeyle mesnetsiz ret başvuruları nedeniyle sürecin gecikmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır (Wieczorek/Schütze, s. 471). Alman hukukundaki durum için ayrıca bkz. Henn, s. 69; Mankowski, s. 305. İsviçre hukukuna göre de reddedilen hakem yargılamaya katılabilmektedir (Planinc/Erk-Kubat, Art. 369, N. 7; Weber-Stecher, Art. 369, N. 3). İsviçre doktrininde ret talebinin makul olduğu ve talebin kabulü üzerine yapılan işlemlerin tekrarlanması riski olan hâllerde yargılamanın ertelenmesinin daha uygun olacağı ifade edilmektedir (Schwander, Art. 369, N. 7).

Bir görüşe göre, taraflar hakemin reddi usulünü serbestçe belirlemişlerse öncelikle bu kurallar dikkate alınmalıdır. Şayet böyle bir belirleme yapılmamışsa, hakemin reddinin talep edilmesi, tahkim yargılamasının kendiliğinden durmasına neden olmaz. Yargılamaya devam edilip edilmeyeceği hakem kurulunun takdirinde olmalıdır.¹⁸¹

Diğer görüşe göre,¹⁸² hakemler, ret talebi hakkında mahkeme tarafından karar verilinceye kadar beklemek zorunda değildir. Ret sebebinin gerçekleştiğine yönelik inandırıcı delil ve emarelerin gösterilmemesi, ret talebinin tahkim yargılamasını sürüncemede bırakmak amacıyla yapıldığının açıkça anlaşılması, tahkim yargılamasında sona gelinmesi ve sürenin az kalması hâlinde hakem veya hakemler yargılamaya devam edebilmelidir.

Başka bir görüşe göre, HMK'nun hâkimlerin reddine ilişkin hüküm burada kıyasen uygulanabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan iş ve davalarda hakem, ret prosedürü esnasında yargılamaya devam edebilir.¹⁸³

Hâkim görüşe göre ise mahkeme, hakemin reddi talebi hakkında karar verinceye kadar tahkim yargılamasının ertelenmesi gerekir.¹⁸⁴ Hakemin reddi talebi hakkında henüz bir karar verilmeden önce, ha-

¹⁸¹ Balkar Bozkurt, s. 344.

¹⁸² Özbek, Hakemin Reddi, s. 83; Özbek, Tahkim, s. 1036. Yazar ayrıca ret talebinin mahkemece incelenmesi sırasında hakemin tahkim yargılamasını devam ettirerek karar vermesine engel teşkil eden açık kanun hükmü olmadığından, tahkim yargılamasının durup durmayacağına hakem ya da hakem kurulunun takdirinde olduğunu ifade etmektedir (Özbek, Hakemin Reddi, s. 84).

¹⁸³ Kayalı, Bağımsızlık, s. 134.

¹⁸⁴ Kuru, s. 6026; Yılmaz, s. 5456; Karadaş, s. 141; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 765-766; Konuralp, s. 185; Özbay/Korucu, s. 70; M. Serhat Sarısözen, Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 2005, s. 38 "... Kanunda açık bir hüküm bulunmama ile birlikte hâkimin reddinde olduğu gibi, hakemin reddi talebi üzerine mahkemece bu konuda bir karar verilip kesinleşinceye kadar hakemler davaya bakamazlar, tahkim davasının ertelenmesi gerekir (HUMK'un 36/II. fıkrasına kıyasen). Aksi halde verilen karar selahiyeti olmadan verilen bir karar olacağından hükmün bozulmasını gerektirir. Somut olayda da nihai karar verilmeden önce hakemin reddi davası açılıp hakem kuruluna bildirildiğinden, hakemlerin ret davası sonuçlanıp kesinleşinceye kadar işten el çekip davayı ertelemeleri gerekirken nihai davaya devamla yazılı şekilde sonuçlandırmaları doğru olmamış, kararın öncelikle HUMK'un 533/3. Maddesi uyarınca bozulması gerekmiştir", Yargıtay 15. HD, 23.02.2006, 6880/995 (Yılmaz, s. 5457).

kem tarafından bir karar verilmişse, verilen karar yetkisiz hakemce verilmiş olduğundan karara karşı iptal davası açılabilir.¹⁸⁵

Kanaatimizce bu hususta bir değerlendirme yaparken kesin bir kural koymak yerine somut duruma göre karar verilmesi daha uygun olabilir. Zira her iki yaklaşım da kendi içinde bazı sakıncaları ihtiva eder. Taraflardan biri mesnetsiz iddialarla hakemin reddini talep etmişse ve bu talep üzerine yargılamaya devam edilmeyeceği kabul edilirse, bu durum tahkim yargılamasının gereksiz yere uzamasına neden olabilir. Diğer taraftan, makul gerekçelerle reddedilen hakemin yargılamaya devam edeceği kabul edilirse, kendisine güvenilmeyen hakemin vereceği kararın taraflarca kabulü zordur. Reddedilen hakemin yargılamaya katılması, özellikle ret talebinde bulunan taraf bakımından tatmin edici olmayabileceğinden verilen hakem kararına karşı iptal davası yoluna gidilmesi muhtemeldir.¹⁸⁶ Reddedilen hakemin yapmış olduğu işlemler¹⁸⁷ bakımından da yargılamanın devamı sorunludur. Zira bu işlemlerin tekrarlanmasının gerekip gerekmeyeceği sorunu ortaya çıkabilir.¹⁸⁸

Hâkim, tahkim süresini haklı nedenlerin varlığı hâlinde uzatabilir. Hakemin reddi de HUMK döneminde tahkim süresinin uzatılması için haklı neden teşkil etmekteydi (HUMK m. 522/II).¹⁸⁹ Bu nedenle, tarafların talebi üzerine¹⁹⁰ tahkim süresinin uzatılmasının mümkün

¹⁸⁵ Konuralp, s. 185; Ertekin/Karataş, s. 190; Balaban, s. 5052; Özbek, Hakemin Reddi, s. 82; Özbek, Tahkim, s. 1035; Dayınlarlı, s. 50.

¹⁸⁶ Planinic/Erk-Kubat, Art. 369, N. 9.

¹⁸⁷ Bir işlemin tekrarlanıp tekrarlanmaması sorunu, sadece hakemin reddedilmesine yol açan nedenlerden etkilenen işlemler bakımından ortaya çıkar (Weber-Stecher, Art. 367, N. 39).

¹⁸⁸ Böyle bir durumda tarafların bu konudaki iradelerine üstünlük tanınmalıdır. Ancak tarafların reddedilen hakemin yapmış olduğu hangi işlemlerin tekrarlanması gerektiği hususunda anlaşamaması hâlinde mahkemenin karar vermesi yerinde olur (Planinic/Erk-Kubat, Art. 369, N. 10; Weber-Stecher, Art. 367, N. 39).

¹⁸⁹ Nagehan Okumuş, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Hakem Kararlarının İptali, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 162; Kuru, s. 6026; Konuralp, s. 185; Karadaş, s. 141; Ertekin/Karataş, s. 192-193; Yeğengil, s. 265; Sarısözen, s. 38.

¹⁹⁰ Taraflar tahkim süresinin uzatılmasına yönelik mahkemeden talepte bulunmamışsa ve mahkemece bir karar verilmemişse, tahkim süresi kendiliğinden uzatılmaz sayılmaz (Kuru, s. 6026; Ertekin/Karataş, s. 193).

olduğu ifade edilmekteydi.¹⁹¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 421'inci maddesinin ikinci fıkrası ise, "Bir veya birden çok hakemin değiştirilmesi için geçen süre tahkim süresinden sayılmaz" hükmünü ihtiva etmektedir. Bu hükmün, hakemin reddi hakkında uygulanıp uygulanmayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, bir veya birden çok hakemin değiştirilmesi esnasında geçen süre tahkim süresinden sayılmayacağı için hakemin reddi yargılaması sırasında tahkim süresinin uzatılması gerekmez.¹⁹² Diğer görüşe göre ise,¹⁹³ HMK m. 421/II hükmü hakemin reddi talebinin incelenmesi bakımından uygulanmaz. Bu nedenle, ret talebi üzerine hakem ya da hakem kurulu tarafından tahkim yargılamasının erteleneceği, mahkeme kararının bekleneceği ve tahkim süresinin bu esnada işleme-yeceğine ilişkin kanuna açık hüküm konulmalıdır.

III. HAKEMİN REDDİ TALEBİ HAKKINDA VERİLEN KARARLAR VE SONUÇLARI

1. Ret Talebinin Kabul Edilmesi

Tahkim yargılamasının taraflarının hakemin reddi talebini yerinde gören hakem kurulu veya mahkeme, talebin kabulüne karar verir. Hakemin reddi talebinin mahkemece (veya hakem kurulunca) kabul edilmesi hâlinde, kararın verildiği tarihte hakemlik görevi sona erer.¹⁹⁴ Ayrıca hakemlik görevinin sona ermesiyle birlikte, hakem sözleşmesinin de sona erdiği ifade edilmektedir.¹⁹⁵

Taraflar, tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında hakem ya da hakemleri ismen belirleyebilirler.¹⁹⁶ Hakem veya hakemlerin ismen

¹⁹¹ Kuru, s. 6026; Konuralp, s. 185.

¹⁹² Okumuş, s. 162.

¹⁹³ Özbek, Hakemin Reddi, s. 81.

¹⁹⁴ Gabriel/Buhr, Art. 369, N. 31; Weber-Stecker, Art. 369, N. 26; Kröll, s. 204; Taşkın, Sözleşme, s. 252; Yeşilova, s. 626.

¹⁹⁵ Mankowski, s. 306; Weber-Stecker, Art. 369, N. 26; Taşkın, Sözleşme, s. 252.

¹⁹⁶ Balkar Bozkurt, s. 326; "Tahkim sözleşmesinde hakem veya hakemlerin kim olacağı önceden tespit edilebileceği gibi, uyuşmazlık meydana geldikten sonra da hakemin kim olacağının belirtilmesi mümkündür. Hakemler taraflarca tayin edilebileceği gibi hakemin kimin tarafından seçileceği hususu da taraflarca kararlaştırılabilir". (Yargıtay 4. HD. T. 29.1.1980, E. 10780, K. 991, Yargıtay Kararları Dergisi. 1980/8, s. 1086-1087).

belirlenmiş olması, hakemin reddi talebinde bulunulması hâlinde, bu durumun hakem sözleşmesi ve tahkim üzerindeki etkileri bakımından önem taşır. Zira tahkim yargılamasının akıbeti hakemlerin ismen belirlenip belirlenmediğine göre tespit edilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 418'inci maddesinin beşinci fıkrasına göre, "Seçilen hakemin veya hakem kurulunun tümünün ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin ret talebini mahkemenin kabul etmesi hâlinde tahkim sona erer. Ancak tahkim sözleşmesinde hakem veya hakemlerin isimleri belirlenmemişse yeniden hakem seçimi yoluna gidilir".¹⁹⁷ O hâlde, hakem kurulunun tümü reddedilmemişse ya da reddedilen hakem sayısı karar çoğunluğunu ortadan kaldırmıyorsa, hakemin reddi talebinin kabul edilmesi tahkimin doğrudan sona ermesine neden olmaz. Örneğin, hakem kurulundan bir veya birkaç hakemin reddi talebi kabul edilmişse, tahkimin sona ermesi söz konusu olmayacağı gibi yeniden hakem seçilmesi de mümkündür. Belirtmek gerekir ki, HMK m. 418/V uyarınca, seçilen hakemin, hakem kurulunun tümünün veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin ret talebinin kabul edilmesi hâlinde tahkimin sona ermesi, hakem veya hakemlerin tahkim sözleşmesinde ismen belirlenmesine

¹⁹⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 421'inci maddesinin üçüncü fıkrasında da paralel bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre ismen belirlenen hakemlerin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi hâlinde tahkim de sona erer. Burada hakemin reddi dışında ölüm, istifa azil gibi durumlar nedeniyle de görevin sona ermesinin tahkimi sona erdireceği hüküm altına alınmıştır. Kanun'da bu hususa ilişkin açık düzenleme yapılmadan önce doktrinde, hakemlerin ismen belirlenmesi, istifa, ölüm ret, hastalık gibi nedenlerle sürekli olarak görev yapamayacak hâle gelmesi ve tahkim sözleşmesinde yerine başkasının seçileceğinin öngörülmesi hâlinde tahkim sözleşmesinin hükümsüz olduğu ifade edilmekteydi (Ansay, s. 411; Karadaş, s. 118). Yargıtay da ismen belirlenen hakemin görev yapamayacak hâle gelmesi durumunda tahkim yargılamasının sona ereceğini içtihat etmekteydi. "...hakemlerden bir veya birkaçının çekilmesi, tarafların avukatlığını yapmış olması sebebiyle reddedilip ret isteminin kabul edilmesi veya ölmesi hallerinde hakemleri ismen belirleyen tahkim sözleşmesi hükümsüz hale gelir. Bu durumda davanın yetkili ve görevli genel mahkemelerde görülüp sonuçlandırılması gerekir. İsmen gösterilme durumunda çekilen, reddedilen veya ölen hakemin yerine başka birisinin seçilerek yeni hakem kurulunun oluşturulması mümkün değildir", Yargıtay 15. HD, T. 20.10.2010, E. 2010/6003, K. 2010/5521, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 30.12.2023). Bu konuda etraflı bilgi için ayrıca bkz. Elif Irmak Büyük, "Tahkim Sözleşmesinde İsmen Belirlenen Hakem veya Hakemlerin Görevinin Sona Ermesinin Tahkim Yargılamasına Etkisi", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S. 1, Haziran 2021, s. 140 vd.

münhasırdır. Tahkim sözleşmesinde, reddedilen hakem veya hakemler ismen belirlenmişse, artık tahkim yoluna başvurma imkânı ortadan kalkar ve uyuşmazlık mahkemede çözülür.¹⁹⁸ Zira hakem veya hakemlerin ismen belirlenmiş olması, tarafların ancak belirlenen bu kişilerin hakem olması hâlinde tahkim yoluna başvurmak istedikleri, bu kişilerin görev yapamaması hâlinde ise tahkim yargısına başvurma iradesinin ortadan kalkacağı anlamına gelir.¹⁹⁹

Taraflar tahkim sözleşmesinde hakem veya hakemleri ismen belirlememiş olabilir. Böyle bir durumda seçilen hakemin, hakem kurumunun tümünün veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin ret talebi kabul edilmiş olsa dahi tahkim sona ermez. Yeniden hakem seçimi yoluna gidilir. Hakemin reddi talebinin kabulü hâlinde yeni hakem, reddedilen hakemin seçilmesinde uygulanan usule göre seçilir (HMK m. 421/I). Örneğin, reddedilen hakem tarafça seçilmişse, yeni hakem de aynı şekilde tarafça seçilir. Hakemin yeniden seçilmesinde tahkim sözleşmesinde hüküm varsa öncelikle bu hükümler dikkate alınır; bu hususta bir hüküm yoksa HMK hükümleri uygulanır.²⁰⁰ Ayrıca belirtmek gerekir ki, taraflar yeniden hakem seçiminde ilkinden daha farklı bir usulün uygulanması hususunda anlaşabilir.²⁰¹

Yeni hakemin aynı usule göre seçilecek olması, karşı tarafın süresi içinde hakemini seçmemesi nedeniyle hakemin mahkemece belirlenmesi ve belirlenen hakemin reddedilmesi hâlinde, yeni hakemin tarafça mı yoksa mahkemece mi seçileceği tartışmasına sebebiyet verir.²⁰² Doktrinde, ancak ihtiyaç duyulan hâllerde mahkemeye başvurulacağı, karşı tarafın daha önceden hakemini seçmemiş olmasının, yeniden hakem seçiminde bu hakkını kullanamayacağı anlamına gelmeyeceği, prensibin mahkeme lehine değiştiğini kabul etmek için geçerli bir neden olmadığı haklı olarak ifade edilmektedir.²⁰³

¹⁹⁸ Akıncı, s. 269.

¹⁹⁹ Akıncı, s. 270.

²⁰⁰ H. Yavuz Alangoya/M. Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, *Medenî Usûl Hukuku Esasları*, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 615; Balkar Bozkurt, s. 345.

²⁰¹ Yeşilova, s. 626.

²⁰² Akıncı, s. 271.

²⁰³ Akıncı, s. 271; Balkar Bozkurt, s. 345-346. Aynı yönde ayrıca bkz. Yeşilova, s. 626; Özbek, *Hakemin Reddi*, s. 86.

Hakemlerden birinin reddedilmesi hâlinde, yenisi atanmadan yargılamaya kalan iki hakemle devam edilip edilmeyeceğine de değinilmelidir. Örneğin hakemlerin karar vermesine az bir süre kaldığı ve yeni hakem seçilmesinin zaman ve para kaybına neden olacağı durumlarda eksik hakemle yargılamaya devam edilmesinin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Doktrinde yeni hakem seçilmemesinin zaman kaybını önlemekle birlikte bazı riskler taşıdığı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, yeni hakem seçilmemesi, iki hakemin karar almasını zorlaştırır. Ayrıca eksik hakem heyetinin vermiş olduğu kararın, hakem kurulunun usulüne uygun şekilde teşekkül etmemesinden dolayı iptal edilmesi söz konusu olabilir²⁰⁴. Kanaatimizce bu hususta bir değerlendirme yaparken HMK m. 421/I hükümünün de dikkate alınması gerekir. Söz konusu düzenlemeye göre, “Hakemlerden birinin görevi herhangi bir sebeple sona ererse, onun yerine seçimindeki usul uygulanarak yeni bir hakem seçilir”. Görüldüğü üzere, hakemin görevinin hangi sebeple sona erdiğinin önemi yoktur. O hâlde hakemin reddedilmesi sebebiyle görevin sona ermesi de bu kapsamda değerlendirilebilir. Kanun’un ifadesine bakıldığında hakemin görevinin herhangi bir nedenle sona ermesi hâlinde yeni bir hakem seçilmesinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, seçilen tek hakemin ismen belirtilmesi ve ret talebinin kabul edilmesi hâlinde tahkimin sona ereceği unutulmamalıdır.

2. Ret Talebinin Reddedilmesi

Hakemin reddi talebini inceleyen hakem kurulu veya mahkeme, talebi yerinde bulmayıp reddedebilir. Hakemin reddi talebinin reddedilmesi, usule ilişkin nedenlerden kaynaklanabileceği gibi esasa ilişkin nedenlerden de kaynaklanabilir. Hakemin reddi talebinin süresi içinde ileri sürülmemiş olması bir usulden ret sebebi teşkil eder. Bununla birlikte, hakem kurulu veya mahkeme, ileri sürülen ret sebebinin gerçekleşmemiş olması sebebiyle talebi esastan da reddedebilir. Tarafın, hakemin bağımsızlığından ve tarafsızlığından şüphelenmesi ve ret talebinde bulunması hâlinde, haklı şüphenin oluşmaması veya ileri sürülen ret sebeplerinin ispatlanamaması üzerine hakemin reddi talebinin reddedilmesi mümkündür. Ret talebinin reddi hâlinde, verilen

²⁰⁴ Balkar Bozkurt, s. 330-331.

karar kesinleşince reddedilen hakem, tahkim yargılamasına devam eder.

Hakemin reddi talebinin mümkün olduğunca hızlı bir şekilde karara bağlanması gerekir. Bu nedenle, ret talebi açıkça mesnetsiz ise, talep derhâl reddedilmelidir.²⁰⁵ Bu bağlamda hakemin reddi talebinin süresi içinde ileri sürülmemesi hâlinde, reddedilen hakemin talep hakkında karar verip veremeyeceğine değinilmelidir. Kanaatimizce süre geçtikten sonra hakemin reddi talebinde bulunulsa dahi, reddedilen hakem, talep hakkında karar veremez. Zira ret talebi hakkında hangi durumlarda hakem kurulunun ve mahkemenin karar vereceği Kanun'da açıkça düzenlenmiştir. Ret talebinin esastan veya usulden reddedilmesi arasında bir ayırım yapılmamıştır. Tarafın hakemin reddi talebinde bulunabileceği bir durumun ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren iki hafta içinde talepte bulunması gerekir. Hakemin reddi talebinde bulunmayı gerektirecek durumun ortaya çıktığının ne zaman öğrenildiğinin tespiti ayrı bir ihtilaf konusudur. Bu nedenle, reddedilen hakemin, sürenin geçmesi hâlinde ret talebi hakkında bizzat karar verebilmesine imkân yoktur.

3. Hakemin Reddi Talebi Hakkındaki Karara Karşı Kanun Yolu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 418'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, hakem kurulundan bir veya birden çok hakemin reddedilmesi ve ret talebinin hakem kurulunca kabul edilmemesi hâlinde bir ay içinde mahkemeye başvurularak bu kararın kaldırılmasını ve hakem veya hakemlerin reddine ilişkin talep hakkında karar verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, hakem kurulu kararına karşı bir ay içinde mahkemeye başvurulabilmesi, hakemin reddi talebinin hakem kurulunca kabul edilmemesine özgüdür. O hâlde, hakem kurulunun ret talebini kabul etmesi hâlinde verilen karara karşı mahkemeye başvurulması mümkün değildir. Kanaatimizce hakem kurulunun ret talebinin reddi yönündeki kararın isabetli olup olmadığının mahkemece yeniden incelenmesine imkân verirken, kabul yönündeki kararların isabetli olduğu ve bu nedenle yeniden incelenemeyeceğinin benimsenmesi eleştiriye açıktır.

²⁰⁵ Balkar Bozkurt, s. 291.

Seçilen hakemin veya hakem kurulunun tümünün ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddi için ancak mahkemeye başvurulabilir. Mahkemenin bu fıkra uyarınca vereceği kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz (HMK m. 418/IV). Görüldüğü üzere, seçilen tek hakemin, hakem kurulunun tamamının veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddi talebi hakkında verilecek karar kesin olup bu karara karşı kanun yolu kapatılmıştır. Mahkemenin vereceği kabul veya ret kararları bakımından bir ayırım yapılmadığı için her iki yönde kararına karşı kanun yoluna başvurmak mümkün değildir. Madde gerekçesinde hakem veya hakemlerin reddi talebi hakkında verilen kararın kesin olduğunun düzenlenmesinin sebebinin, mahkemenin doğru kararı kolayca vereceği düşüncesi ve tahkim yargılamasının hızlandırılmasını sağlamak olduğu ifade edilmektedir.²⁰⁶

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 418'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, seçilen tek hakemin, hakem kurulunun tümünün veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddi talebi hakkında verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı düzenlenmiş olmasına rağmen, mahkemenin üçüncü fıkra hükmünce vereceği karara karşı kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağına ilişkin açıklık mevcut değildir. Diğer bir ifade ile hakem kurulundan bir veya birden çok hakemin reddi talebinin hakem kurulu tarafından reddedilmesi hâlinde, karara karşı mahkemeye başvurulduğunda, mahkemenin ret talebinin kabulü veya reddi yönündeki kararlara karşı kanun yolunun açık olup olmadığı belirsizdir. Bu hususa ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre, kanun yoluna başvuru hususunda sessiz kalınması, maddenin üçüncü fıkrası gereğince verilecek kararlara karşı kanun yolunun bilinçli şekilde açık tutulduğu anlamına gelmez. Maddenin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle, hakemin reddine ilişkin verilen kararlarının tümü bakımından kanun yolunun kapalı olduğu kabul edilmelidir.²⁰⁷ Diğer görüşe göre ise, dördüncü

²⁰⁶ Gerekçe için bkz. <https://app.e-uyar.com/gerekce/index/09989e03-7d43-4cc1-b829-a0edc31fd7aa>.

²⁰⁷ Doğan Ağırman, Milli & Milletlerarası Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 360.

fıkra da yer alan “kanun yoluna başvurulamaz” ifadesi, üçüncü fıkrada düzenlenen durum için geçerli olamaz. Bu nedenle söz konusu kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilir.²⁰⁸

Kanaatimizce dördüncü fıkrada, “mahkemenin bu fıkra uyarınca vereceği kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz” ifadesi bu fıkraya özgü bir durum olduğundan, üçüncü fıkra için uygulanmaz. O hâlde hakem kurulunun ret talebini reddetmesi hâlinde mahkemenin talep hakkında vermiş olduğu kabul veya ret yönündeki kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı açıkça söylenemez. Ayrıca kanun yolunun açıkça kapatılmadığı hâllerde, mahkeme tarafından verilen kararlara karşı kural olarak kanun yoluna başvurmak mümkündür.²⁰⁹ Bu nedenle üçüncü fıkra uyarınca verilen kararlara karşı kanun yolunun açık olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte, hakem kurulundan bir veya birden çok hakemin reddi talebi hakkında mahkemece verilen karara karşı kanun yoluna başvurulabiliyor olmasına rağmen, seçilen tek hakemin, hakem kurulunun tümünün veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddi talebi hakkında mahkemece verilen karara karşı kanun yolunun kapatılmış olmasının bir çelişki teşkil ettiğini belirtmek gerekir.²¹⁰

IV. HAKEMİN REDDİ İLE HAKEM KARARININ İPTALİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Bağımsızlığından ve tarafsızlığından şüphe duyulmayı haklı gösteren durum ve koşulların gerçekleşmesi hâlinde hakemin reddi talep edilebilir. İptal davası ise, hakem kararına karşı, Kanun’da sınırlı olarak sayılmış sebeplere²¹¹ dayanarak başvurulabilecek bir yoldur. Hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı sebebiyle hakemin reddinin talep edilmesi ile hakem kararının iptali için dava açılması için aranan koşullar birbi-

²⁰⁸ Ekşi, s. 148.

²⁰⁹ Mesut Köksoy, *Adi Konkordatoda Geçici Mühlet Kararının Etkileri*, Adalet Yayınları, Ankara, 2022, s. 116.

²¹⁰ Ekşi, s. 148; Özbek, *Hakemin Reddi*, s. 80; Özbek, *Tahkim*, s. 1033-1034.

²¹¹ Ekşi, s. 187; Yılmaz, s. 5498; Pekcanitez/Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, s. 2733; Selçuk, s. 80; “Asıl ve birleşen dava, hakem kararının iptali istemine ilişkin olup, 6100 sayılı HMK’nın iptal davası başlıklı 439. maddesinde hakem kararlarının hangi hallerde iptal edileceği sınırlı olarak sayılmıştır”. Yargıtay 11. HD, T. 15.01.2013, E. 2012/17087, K. 2013/749 (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi 07.12.2023).

rinden farklıdır. Bu bağlamda, hakemin reddi sebeplerine dayanılarak reddedilebilecek bir hakemin vermiş veya katılmış olduğu bir kararın iptal davasına konu olup olamayacağı üzerinde durulmalıdır.

Taraflar hüküm verilmeden önce hakemin reddi sebebinin varlığını bilmesine rağmen herhangi bir başvuruda bulunmamışsa, aynı sebebe dayanarak hakem kararının iptal edilmesi istenemez. Zira tarafın bu yönde bir başvuruda bulunmamış olması, bu haktan feragat ettiği anlamına gelir.²¹² Hüküm verilmeden önce bilinen sebeplere dayanılarak hakemin reddi talep edilmediği hâlde hakem kararının iptal edilebileceğinin kabulü, tarafın bunu kötüye kullanmasına neden olabilecek niteliktedir. Örneğin, hüküm aleyhine olan taraf daha önceden bildiği bir vakıya dayanarak hakem kararının geçerliliğini tartışma konusu yapabilir.²¹³

Hakemin görevi nihaî karar verilmesiyle birlikte sona erer. Bundan sonra hakemin reddinin talep edilmesi hukuken mümkün olmadığı gibi bir anlam da ifade etmez. Bu nedenle, hakemin reddi sebebinin karar verildikten sonra öğrenilmesi hâlinde, hakemin reddi değil, hakem kararının iptali istenmelidir.²¹⁴ Bir görüşe göre, hakemin bağımsız olmadığının ispatlanması hakem kararının iptalinin talep edilebilmesi için yeterli kabul edilmelidir. Zira bağımsız olmayan bir hakemin veya hakemlerin görevlendirilmesiyle daha başlangıçta sakat bir şekilde teşekkül eden hakem seçimi söz konusudur.²¹⁵ Hakem kararının oy birliği ile verilmiş olması hakem kararının iptalinin istenemeyeceğini göstermez. Zira bağımsız ve tarafsız olmayan hakemin diğer hakemleri etkilemesi, diğer hakemlerle birlikte rüşvet aldığı için oy birliği yönünde karar almış olması gibi durumların gerçekleşmesi ihtimâl dâhilindedir.²¹⁶

Hakem ile taraflar arasında hakemin reddine sebep olan bir durumun iptal sebepleri arasında hangi kategoride değerlendirileceğinin

²¹² Weber-Stecher, Art. 367, N. 32; Yeşilova, s. 616; Pekcanıtez/Yeşilırmak, Pekcanıtez Usûl, s. 2745; Ekşi, s. 186; Akıncı, s. 269; Özbek, Tahkim, s. 1011.

²¹³ Yeşilova, s. 617.

²¹⁴ Mankowski, s. 306; Weber-Stecher, Art. 369, N. 13; Kayalı, Bağımsızlık, s. 109; Yeşilova, s. 616; Özbek, Hakemin Reddi, s. 59; Özbek, Tahkim, s. 1013; Balaban, s. 5050.

²¹⁵ Balkar Bozkurt, s. 368.

²¹⁶ Balkar Bozkurt, s. 221.

tespiti önem taşır. Doktrinde bir görüşe göre, hakemin reddi sebepleri hakemlerin Kanun'daki usule aykırı atanması kapsamında değerlendirilir ve verilen karar iptal davasına konu edilebilir.²¹⁷ Hakem kararının bu sebebe dayanılarak iptal edilmesi hâlinde, reddedilen hakemin yerine seçilen yeni hakemlerle yeniden tahkim süresi belirlenir.²¹⁸

Diğer görüşe göre, tarafların eşitliği ilkesine riayet edilmemesi hakem kararının iptali sebebi teşkil eder. Bu kapsamda hakemin bağımsız ve tarafsız olmaması, tarafların eşitliği ilkesine riayet edilmediği şeklinde yorumlanmalıdır.²¹⁹ Esasen Kanun'da kullanılan "tarafların eşitliği ilkesi", "taraflara eşit davranılması ilkesi" şeklinde anlaşılmaktadır.²²⁰ Zira tarafların yargılamada eşit hak ve yetkilere sahip olması ile taraflara eşit davranılması birbirinden farklıdır.²²¹ Hakemin bağımsız veya tarafsız olmaması doğrudan hakem kararının iptal edilmesini gerektirmez. Hakem kararının iptal edilebilmesi için, söz konusu durumun hakem kararına etki ettiğinin ispatlanması²²² ve somut olarak âdil yargılanma hakkının ya da taraflara eşit muamele ilkesinin ihlâl edilmesi gibi iptal sebebi teşkil eden olguların somut olarak ortaya çıkması gerekir.²²³ Hakem kararının söz konusu gerekçeyle iptal edilmesi hâlinde, tahkim sözleşmesi geçerliliğini korur. Bu nedenle, taraflardan biri talepte bulunursa uyuşmazlık yine tahkimde çözülür.²²⁴

V. HAKEMİN REDDİ VE HAKEM KARARINA KARŞI YARGILAMANIN İADESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Hakem kararlarına karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilmesi için, verilen karar kesinleşmiş olmalıdır.²²⁵ Bu bağlamda, hakem kararına karşı başvurulabilecek olağan kanun yolu iptal davası açılma-

²¹⁷ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2745. Aynı yönde ayrıca bkz. Balkar Bozkurt, s. 352; Yeşilova, s. 616; Özbek, Hakemin Reddi, s. 59; Özbek, Tahkim, s. 1013; Balaban, s. 5056.

²¹⁸ Balaban, s. 5060.

²¹⁹ Kayalı, Bağımsızlık, s. 171; Kalpsüz, Tahkim, s. 141.

²²⁰ Balkar Bozkurt, s. 386; Kalpsüz, Tahkim, s. 141.

²²¹ Balkar Bozkurt, s. 386; Kayalı, Bağımsızlık, s. 171.

²²² Kayalı, Bağımsızlık, s. 21; Balaban, s. 5058. Balkar Bozkurt, s. 357.

²²³ Balkar Bozkurt, s. 349.

²²⁴ Özbek, Hakemin Reddi, s. 62; Özbek, Tahkim, s. 1016.

²²⁵ Mert Namli, Türk ve Fransız Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 149.

sıdır. Yargılamanın iadesi ise başvurulabilecek olağanüstü bir kanun yoludur. Hakem kararlarına karşı yargılamanın iadesi HMK m. 443’de düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre, “Tahkimde, yargılamanın iadesi sebeplerinden sadece 375’inci maddenin birinci fıkrasının (b), (c), (e), (f), (g), (h), (ı) ve (i) bentleri uygulanır”. Görüldüğü üzere HMK m. 375’de düzenlenen yargılamanın iadesi sebepleri hakem kararları bakımından aynen geçerli değildir. Çalışmamız kapsamında ise hakem kararına karşı yargılamanın iadesi sebepleri bakımından önem arz eden sebep, m. 375/1 (b) bendi uyarınca “Davaya bakması yasak olan yahut hakkındaki ret talebi, merciince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermiş veya karara katılmış bulunması”dır. Hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığından şüphe edilmesi sebebiyle hakemin reddi talebi kesin olarak kabul edilmişse ve reddedilen hakem tahkim yargılamasında karar vermiş ya da karara katılmışsa, bu sebebe dayanılarak yargılamanın iadesi yoluna gidilebilir.

Hakemin reddini gerektiren bir sebep, hakem kararının verilmemesinden ve iptal davası açma süresi geçtikten sonra ortaya çıkarsa da bu durum nedeniyle HMK m. 375, 1/b uyarınca yargılamanın iadesi yoluna gidilebilir.²²⁶ Yargılamanın iadesi talebi kabul edilirse mahkeme, hakem kararını iptal eder ve uyuşmazlığı yeniden bir karar verilebilmesi için yeni hakeme veya hakem kuruluna gönderir. Bu durumda hakem veya hakem kurulu 421 inci maddeye göre yeniden seçilir veya oluşturulur. (HMK m. 443/III).

SONUÇ

Hakemler taraflar arasındaki uyuşmazlığı nihaî olarak çözmekle görevlendirilir. Hakemlerin üstlenmiş olduğu bu görevi yerine getirirken bağımsız ve tarafsız olması gerekir. Zira hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması, adil bir yargılama yapılabilmesi açısından önem taşımaktadır. Kanun koyucu bu hususun önemine binaen tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durumların gerçekleşmesi üzerine taraflara, hakemi reddetme imkânı tanımıştır. Hakemin tarafsızlığını etkileyen birçok faktör olabilir. Hakem ile taraflar veya avukatları arasındaki kişisel ilişkiler, ekonomik ilişkiler bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, tarafsızlık muğlak bir kavram ol-

²²⁶ Özbek, Hakemin Reddi, s. 62.

duğu için hakemin taraflı davrandığının kesin bir şekilde ispatı kolay değildir. Bu nedenle, tarafsızlığın her somut durum bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Hakemin tarafsız olmadığı gerekçesiyle reddedilebilmesi, haklı şüphenin bulunmasına bağlıdır. Şüphenin ne zaman haklı olacağı ise açık değildir. Ayrıca haklı şüphenin taraflar nezdinde mi yoksa makul düşünen üçüncü bir kişi nezdinde mi oluşması gerektiği belirsizdir.

Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulları açıklamak zorundadır. Daha sonra ortaya çıkan durumların da taraflara derhal bildirilmesi gerekir. Bildirim yükümlülüğü kapsamında hangi hususların taraflara açıklanması gerektiği kanunda tek tek sayılmamıştır. Bu durum ise, yükümlülüğünün kapsamının nasıl belirleneceği, her türlü durumun taraflara açıklanması gerekip gerekmediği gibi hususlarda tartışmaya sebebiyet vermektedir.

Hakemin bildirim yükümlülüğüne aykırı davranması hâlinde bunun yaptırımını hususunda açık bir düzenleme mevcut değildir. Hakemin söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, tarafların hake-me güvenini sarsacak niteliktedir. Ancak bildirim yükümlülüğünün ihlâl edilmesi her durumda hakemin reddini talep etmeyi haklı göstermez.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda HUMK'dan farklı olarak hakemlerin hâkimin reddi sebeplerine dayanılarak reddedilebileceği açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle, hâkimlerin yasaklılığı ve reddi sebeplerinin hakemler bakımından uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışma konusu yapılmaktadır. Hâkimlerin yasaklılığı ve reddi sebepleri, Kanun'da açıkça ifade edilmese dahi, hakemin bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkileyen durumlar olduğu için söz konusu sebeplere dayanılarak hakemin reddedilebileceği kabul edilmelidir.

Hakemin reddi usulü HMK'nın 418'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda, hakem kurulundan bir üyenin reddedilmesinin hem HMK m. 418/II'de hem de m. 418/III'de düzenlenmesinin kanun yapma tekniği açısından sorunlu olduğunu belirtmek gerekir. Zira söz konusu durum, uygulamada belirsizliğe neden olabilecek niteliktedir. Bu nedenle, her iki fıkranın birleştirilerek yeniden düzenleme yapılması yerinde olur.

Hakem kurulundan bir üyenin veya karar çoğunluğunu ortadan kaldırmayacak sayıda hakemin reddi hâlinde ret talebi hakem kurulu tarafından incelenir. Tarafın kendi atadığı hakeme diğer tarafın atadığı hakemin reddi talebi hakkında karar verme yetkisi verilmesi kötüye kullanılabilir niteliktedir. Bu nedenle, ret talebi hakkında karar verme yetkisi hakem kurulundan alınarak sadece mahkemeye bırakılmaktadır.

Ret talebi hakkında hakem kurulunun inceleme yapması durumunda, talebin kabul edilmemesi üzerine bir ay içinde mahkemeye başvurma imkânı tanınmış olması rağmen, talebin reddi üzerine başvuru yolu öngörülmemiş olması bir çelişki teşkil eder.

Seçilen hakemin veya hakem kurulunun tümünün ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddi için ancak mahkemeye başvurulabilir. Mahkemenin talep hakkında verdiği kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz. HMK m. 418/III hükmü uyarınca hakem kurulunun ret talebini reddetmesi üzerine mahkemenin vermiş olduğu kararlara karşı ise kanun yolu açıkça kapatılmamıştır. Bu nedenle söz konusu kararlara karşı kanun yoluna başvurulması mümkündür. Bu bağlamda, hakem kurulundan bir veya birden çok hakemin reddi talebi hakkında mahkemece verilen karara karşı kanun yoluna başvurulabiliyor olmasına rağmen, seçilen tek hakemin, hakem kurulunun tümünün veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddi talebi hakkında mahkemece verilen karara karşı kanun yolunun kapatılmış olmasının bir çelişki teşkil ettiğini belirtmek gerekir.

Hakemin görevi nihai karar verilmesiyle birlikte sona erer. Bundan sonra hakemin reddinin talep edilmesi hukuken mümkün değildir. Bu nedenle, ret sebebinin karar verildikten sonra öğrenilmesi hâlinde, hakemin reddi değil, hakem kararının iptali istenmelidir. Hakemin reddi sebepleri, hakemlerin Kanun'daki usule aykırı atanması kapsamında değerlendirilir ve verilen karar iptal davasına konu edilebilir.

Bağımsızlığı ve tarafsızlığından şüphelenilmesi sebebiyle hakemin reddi talebi kesin olarak kabul edilmişse ve reddedilen hakem tahkim yargılamasında karar vermiş ya da karara katılmışsa, bu sebebe dayanılarak yargılamanın iadesi yoluna gidilebilir.

Kaynakça

Kitaplar

- Ağırman Doğan, Milli & Milletlerarası Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- Alangoya Yavuz, Medenî Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973.
- Alangoya H. Yavuz/Yıldırım M. Kâmil/Deren Yıldırım Nevhis, Medenî Usûl Hukuku Esasları, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- Ansay Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Balkar Bozkurt Süheyla, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Boog Christopher/Stark-Traber Sonja, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO, Band III, (Herausgeber: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter), Stämpfli Verlag AG, Zürich, 2014.
- Can Hacı/Tuna Ekin, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Çon Ömer, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Dasser Felix, Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, (Herausgeber: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas), 2. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich, 2013.
- Dayınlarlı Kemal, HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim, Sözkese Matbaası, Ankara, 1997.
- Deren Yıldırım Nevhis, UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, Alkım Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Ekşi Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2019.
- Ertekin Erol/Karataş İzzet, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997.
- Gabriel Simon/Buhr Axel, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO, Band III, (Herausgeber: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter), Stämpfli Verlag AG, Zürich, 2014.
- Gasser Dominik/Rickli Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kurz Kommentar, Dike Verlag, Zürich, 2010.
- Görgün L. Şanal/Börü Levent/Kodakoğlu Mehmet, Medenî Usûl Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Henn Günter, Schiedsverfahrensrecht, 3. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000.

- Hilgard Mark C., "Zur Ablehnung eines Richters im Schiedsverfahren", Betriebs-Berater, 9/2015, s. 456-462.
- Kalpsüz Turgut, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010 (Tahkim).
- Kaplan Yavuz, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002 (Usule Aykırılık).
- Karadağ İzzet, 6100 sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Kayalı Didem, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015 (Bağımsızlık).
- Keser Berber Leyla, Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- Kılıçoğlu Mustafa, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Koch Christopher, "Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators", Journal of International Arbitration, Vol. 20, No. 1, 2003, s. 325-353.
- Köksoy Mesut, Adi Konkordatoda Geçici Mühlet Kararının Etkileri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt VI, Altıncı Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, 2001.
- Luttrell Sam, Bias Challenges in International Commercial Arbitration, The Need for A Real Danger Test, 2009,
- Namlı Mert, Türk ve Fransız Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Okumuş Nagehan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Hakem Kararlarının İptali, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Özbay İbrahim, Hakem Kararlarının Temyizi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Özbay İbrahim/Korucu Yavuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Özbek, Mustafa Serdar, Tahkim Hukuku, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (Tahkim).
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 11. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Pekcanitez Hakan/Yeşilirmak Ali, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Pfister Lukas, Schiedsrichterablehnung in internationalen Schiedsverfahren, 1. Auflage, Nomos Verlag, Baden, 2019.
- Planinic Tanja/Erk-Kubat Nedja, ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, (Herausgeber: Gehri, Myriam A./Sorensen, Ingrid Jent/Sarbach, Martin), Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2015.
- Postacıoğlu İlhan E./Altay Sümer, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

- Prütting Hanns/Gehrlein Markus, Zivilprozessordnung Kommentar, 10. Auflage, Luchterhand Verlag, Köln, 2018.
- Sarisözen M. Serhat, Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 2005.
- Schütze Rolf A., Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2016.
- Schwab Karl Heinz/Walter Gerhard, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2005.
- Schwander Ivo, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, (Herausgeber: Brunner, Alexander/Gasser, Dominik/Schwander, Ivo), 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich, 2016.
- Schwander Ivo/Stacher, Marco, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, (Herausgeber: Brunner, Alexander/Gasser, Dominik/Schwander, Ivo), 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich, 2016.
- Selçuk Seyhan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2021.
- Ulukapı Ömer, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.
- Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1971.
- Tanriver Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Taşkın Âlim, Hakem Sözleşmesi, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005 (Sözleşme).
- Taşkın Âlim, Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşması, Hakem Kurulu ve Tahkim Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Tahkim).
- Weber-Stecher Urs, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), (Herausgeber: Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik), 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich, 2017.
- Wieczorek Bernhard/Schütze Rolf A., Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Elfter Band 4. Auflage, Walter de Gruyter GnbH, Berlin, 2014.
- Yeğengil Rasih, Tahkim, İstanbul, 1974.
- Yeşilirmak Ali, Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2011.
- Yeşilova Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2008.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4. Cilt, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Makaleler

- Aktürk Aylin, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Mahkemesinin Kuruluşu-Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Legal Hukuk Dergisi*, Şubat, 2010, s. 503-525.
- Balaban Bedriye Tuğçe, "Türk Hukukunda Hakemin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Hakkında Haklı Şüphe Oluşturan Hısmılık İlişkileri Sebebiyle Reddi", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 19, S. 227, 2021, s. 5015-5070.
- Büyük Elif Irmak, "Tahkim Sözleşmesinde İsmen Belirlenen Hakem veya Hakemlerin Görevinin Sona Ermesinin Tahkim Yargılamasına Etkisi", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, Haziran 2021, s. 135-149.
- Hascher Judge Dominique, "Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues", *American University International Law Review*, V. 27, N. 4 2012, s. 789-806.
- Kalpsüz, Turgut, "Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı", Milletlerarası Tahkim Semineri, 21 Mart 2008, Ankara, s. 27-52 (Bağımsızlık).
- Kaplan Yavuz, "Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfizin Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 21, 2001 s. 43-73 (Bağımsızlık).
- Karaca H. Akif, "Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 21, S. 1, 2015, s. 205-238.
- Kayalı Didem, "Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesinin İngiliz Tahkim Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Rona Aybay'a Armağan, 2. Cilt, *Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı, Aralık 2014, s. 1483-1512 (Mesele).
- Koral Rabi, "İç Hukukumuzda Tahkim", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 13, S. 3, 1947, s. 1038-1081.
- Kröll Stefan, "Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Techt", *ZZP*, 116. Band, Heft 2, 2003, s. 195-221.
- Mankowski Peter, "Die Ablehnung von Schiedsrichtern", *SchiedsVZ*, 2004, s. 304-313.
- Nomer Ergin, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 4, S. 1, 1984, s. 29-31 (Bağımsızlık).
- Nomer Ergin, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 555-576 (Kamu Düzeni).
- Özbek Mustafa Serdar, "Tahkim Yargılamasında Hakemin Reddi", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Y. 8, S. 1, 2021, s. 35-96 (Hakemin Reddi).
- Tosun Özge, "Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 25, 2013/2, s. 213-242.
- Westphalen Friedrich Graf von, "Hakemlere İtirazlar: Tarafsızlık ve Bağımsızlık Koşulları", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, "Tahkim", 14 Şubat 2009, Editörler: Erol Ulusoy/Aslı Yıldırım, TMSF, MÜHF, s. 379-393.

Mahkeme Kararları

Ankara 13. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 280/350 T. 14.09.2020

Yargıtay 4. HD, E. 10780 K. 991 T. 29.1.1980

Yargıtay 4. HD, 1117/4445 T. 6.4.1981

Yargıtay 11. HD, E. 2012/17087 K. 2013/749 T. 15.01.2013

Yargıtay 11. HD, E. 2012/17087 K. 2013/749 T. 15.01.2013

Yargıtay 15. HD, E. 2005/5778 K. 2006/93 T. 18.01.2006

Yargıtay 15. HD, 6880/995 T. 23.02.2006

Yargıtay 15. HD, E. 2010/6003 K. 2010/5521 T. 20.10.2010

Yargıtay 20. HD, E. 2002/1955 K. 2002/2791 T. 28.03.2002

İnternet Kaynakları

<https://app.e-uyar.com/gerekce/index/09989e03-7d43-4cc1-b829-a0edc31fd7aa>

<https://app.e-uyar.com/gerekce/index/853f5bf3-8e72-4da9-9355-6d54331066aa>

karararama.yargitay.gov.tr.

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası

Diğer Kaynaklar

Konuralp Cengiz Serhat, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.

NOTERİN TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN DÜZENLENMESİNDE TARAFLARI AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

THE NOTARY'S OBLIGATION TO INFORM THE PARTIES IN THE
CONCLUDING OF THE REAL ESTATE SALES CONTRACT

Emel BADUR*

Özet: Yasa koyucu tarafından 2022 yılında Noterlik Kanunu'nda (28.06.2022 tarihli ve 31880 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 7413 sayılı Torba Kanun'la) yapılan değişiklikle noterlere taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi tanınmıştır. Noterlik Kanunu'na eklenen "Taşınmaz satış sözleşmesi" kenar başlıklı 61/A hükmü ile noterin taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin yükümlülükleri belirlenmiştir. Aynı yasal değişiklikle taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden kaynaklanan zararlardan noterlerin de sorumlu olduğu ve bu zararın Devlet tarafından ödenmesi halinde sözleşmeyi düzenleyen notere rücu edilebileceği de düzenlenmiştir.

Yasa koyucu tarafından noterin taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesindeki görevleri arasında, açıkça tarafları aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmemiş olmakla birlikte hem Noterlik Kanunu'nda yer alan genel hükümler hem de yapılan işlemin niteliği, noterin işlem ve sonuçları hakkında tarafları bilgilendirmesini zorunlu kılmaktadır. Ancak noter tarafından yapılacak bu aydınlatma sonucunda tarafların taşınmaz satış sözleşmesini kurmak konusundaki iradeleri serbestçe oluşabilir. Noterin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, öncelikle taşınmaz satışına ilişkin taahhüt işleminin akabinde de bu satışa dayanılarak yapılan tescilin hükümsüzlüğü sonucunun ortaya çıkması mümkündür. Bu ve benzeri sonuçların ortaya çıkması halinde noterin tazminat sorumluluğu gündeme gelir.

Anahtar Kelimeler: Noter, Taşınmaz Satış Sözleşmesi, Aydınlatma Yükümlülüğü, Noterin Tazminat Sorumluluğu, Rücu

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, badur@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5133-8541, Makalenin Gönderim Tarihi: 19.03.2024, Kabul Tarihi: 02.04.2024

Abstract: With the amendment made by the legislator to the Notary Law in 2022 (with the Omnibus Law No. 7413 published in the Official Gazette dated 28.06.2022 and numbered 31880), notaries were authorized to conclude real estate sales contracts. Article 61/A titled “*Real estate sales contract*” added to the Notary Law sets forth the obligations of the notary regarding the execution of the contract of sale of real estate. With the same legal amendment, it is also regulated that notaries are also responsible for the damages arising from the issuance of the real estate sales contract, and if this damage is paid by the State, it may be recourse to the notary who concluded the contract.

Although the legislator has not explicitly regulated the obligation to inform the parties among the duties of the notary in the execution of the real estate sales contract, both the general provisions of the Notary Law and the nature of the contract make it obligatory for the Notary to inform the parties about the transaction and its consequences. This is because only as a result of this disclosure to be made by the notary, the parties' will to conclude the real estate sales contract can be freely formed. In the event that the notary violates the obligation to inform, it is possible that firstly the commitment transaction regarding the sale of real estate and then the registration made on the basis of this sale may be null and void. In the event of these and similar consequences, the notary's liability for compensation arises.

Keywords: Notary, Real Estate Sales Contract, Obligation to Inform, Notary's Liability for Compensation, Recourse

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 706/1. ve Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 237/1. maddeleri gereğince başta satış olmak üzere taşınmaz mülkiyetinin devri amacını güden sözleşmelerin geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlıdır. İki temel Kanunda da resmi şekli yerine getirmeye yetkili makamın kim olduğu açıklığa kavuşturulmamıştır. Söz konusu yetkili makamın “*tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri*” olduğuna yönelik hükme, Tapu Kanunu'nun (TK) 26/1. maddesinde yer verilmiştir. Uzun yıllar taşınmaz satış sözleşmesini resmi şekilde yapmaya münhasıran yetkili olan tapu müdürü ve tapu görevlilerinin yanına 2022 yılında yapılan bir yasal değişiklikle noterler de eklenmiştir.

Yasa koyucu tarafından Noterlik Kanunu'na (NK) eklenen “*Taşınmaz satış sözleşmesi*” kenar başlıklı 61/A hükmü ile noterin taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin yükümlülükleri belirlenmiştir. Anılan madde uyarınca noterin taşınmaz satış sözleşmesi düzen-

lemeden öncesine dair başvuru belgesi düzenleme, taşınmazın hukuki durumunu inceleme ve hak sahibini belirleme yükümlülükleri bulunmaktadır. Ayrıca noter, resmi senedin içeriğini düzenlemek ve sözleşmeyi sisteme kaydetmekle yükümlüdür. Kanun gereği noter bu yükümlülükleri bizzat ifa etmek zorundadır.

Yasa koyucu tarafından noterin taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesindeki görevleri arasında, açıkça satış sözleşmesinin taraflarını aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmemiş olmakla birlikte; hem Noterlik Kanunu'nda yer alan genel nitelikli hükümler hem de yapılan işlemin niteliği, noterin işlem ve sonuçları hakkında tarafları bilgilendirmesini zorunlu kılmaktadır. Taşınmaz satışının -özellikle üzerinde sınırlı aynı hak yüklü olan veya şerh bulunan taşınmazlar açısından karmaşık yapısı dikkate alındığında konuya ilişkin hukuki bilgi ve deneyimleri eksik olan taraflar açısından noterin aydınlatma yükümlülüğü daha da önem kazanmaktadır.

Bu durumun dikkate alınması sonucunda, konuya ilişkin Yönetmelikte, noterin tarafları aydınlatması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Noterlik Kanunu'nun 61/A/11. maddesinde noterlerin taşınmaz satış sözleşmesi yapmalarına ilişkin usul ve esasların, Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının mütalaası alınarak, Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği kararlaştırılmıştır. Yasa koyucu tarafından verilen yetkiye dayalı olarak "*Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*"¹ (NTSSY) 11.01.2023 tarihinde çıkarılmıştır.

Noterle birlikte söz konusu resmi şekli gerçekleştirmeye yetkili diğer makam olan tapu müdür veya görevlileri açısından da ilgili mevzuatta benzeri bir aydınlatma yükümlülüğü kaleme alınmıştır. Zira taşınmaz satış sözleşmesinin taraflarının bu sözleşmeyi kurmak konusundaki iradeleri, ancak resmi şekli gerçekleştiren kişiler (noter, tapu müdürü veya tapu görevlileri) tarafından yapılacak bu aydınlatma sonucunda serbestçe oluşabilir. Taşınmaz mülkiyeti üzerindeki sınırlamaların (sınırlı aynı haklar, şerh edilmiş kişisel haklar veya şerh edilen diğer kısıtlamalar) alıcı tarafından hem öğrenilebilmesi hem de

¹ 11.01.2023 tarih ve 32070 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

sonuçlarının anlaşılması satış sözleşmesine yönelik iradesinin sakatlanmamasının önkoşuludur.

TMK'nın *"Tapu sicilinin açıklığı"* kenar başlığı altında düzenlenen 1020. maddesinin ilk fıkrasında *"Tapu sicili herkese açıktır"* ifadesi kullanılmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında aleniyet ilkesi, *"ilgisini inanılır kılan"* herkesin tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebileceği hükmüyle açıklığa kavuşturulmuştur. Anılan maddenin üçüncü ve son fıkrasında, *"Kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez"* kuralına yer verilmek suretiyle ilk iki fıkranın hukuki sonucu da tesis edilmiştir.

Taşınmaz üzerinde aynı hak değişikliğine sebep olan hukuki işlemlerin (taşınmaz mülkiyetinin devri veya sınırlı aynı hak kurulması vb.) -kural olarak- tapu müdür ve görevlileri önünde yapılan resmi şekle tabi kılınması ve TMK'nın 1021 ve 1022/1. maddelerinde kurucu tescilin etkisinin somutlaştırılması, tapu sicilinin kamuya açıklığı ilkesiyle örtüşür niteliktedir.

Ancak NK'ya eklenen 61/A maddesiyle noterlere tanınan taşınmaz satış sözleşmesi düzenleme, imzalanan ve tescil talebi de içeren sözleşmeyi sisteme kaydederek yevmiye numarası alma ve tescil yapıldıktan sonra alıcıya tapu senedi örneği verme yükümlülükleri, taşınmaz satış sözleşmesini noter huzurunda akdetmek isteyen tarafların hiç tapu müdürlüğüne gitmeden işlemin sadece taahhüt değil; tasarruf aşamasını da noterlikten ayrılmadan sonuçlandırabilmelerine imkân tanımıştır. Bu durumda TMK'nın 1020/3. maddesinde kaleme alınan *"Kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez"* hükmünün adil ve istisnasız bir şekilde uygulanabilmesi için, tarafları aydınlatması gereken kişi satış sözleşmesini düzenleyen noter olmaktadır.

Aksi halde taşınmaz satış sözleşmesine resmîyet kazandıran makamın -bu makale özelinde noterin- aydınlatma yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, öncelikle taşınmaz satışına ilişkin taahhüt işleminin akabinde de bu satışa dayanılarak yapılan tescilin hükümsüzlüğü sonucunun ortaya çıkması mümkündür. Bu ve benzeri sonuçların ortaya çıkması halinde noterin tazminat sorumluluğu gündeme gelir. Aynı yasal değişiklikle taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden kaynaklanan zararlardan noterlerin de sorumlu ol-

duğu ve bu zararların Devlet tarafından ödenmesi halinde sözleşmeyi düzenleyen notere rücu edilebileceği de düzenlenmiştir.

I. NOTERİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE BU YÜKÜMLÜLÜĞÜN DAYANAKLARI

Noterlik Kanunu'nun 1. maddesinde öncelikle noterliğin bir kamu hizmeti olduğu vurgulandıktan sonra; noterlerin hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendireceği ve kanunlarla verilen başka görevleri yapacakları belirtilmiştir. Noterlere tanınan taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemek konusundaki yetki, Kanunun ilk maddesinde noterliğe yüklenen iki temel işlev açısından da öneme sahiptir. Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinde² hem hukuki güvenliğin sağlanması hem de taraflar arasında ileride çıkması muhtemel uyuşmazlıkların minimize edilmesi açısından notere önemli görevler düşmektedir.³ Hatta Tanrıver'e göre⁴ işlem güvenliği, noterlik kurumuyla özdeşleştirilmiştir.

² Bu makalenin konusu taşınmaz satış sözleşmesine özgülendiğinden, noterlere taşınmazın sadece satış sözleşmesi suretiyle mülkiyetinin devri konusundaki borçlandırıcı işlemde (taahhüt işlemi) değil; taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin kazandırıcı işlem (tasarruf işlemi) olan tescile dayanak teşkil eden tescil talebinin tapu müdürlüğüne iletilmesi konusunda da yetki verildiği üzerinde ayrıntılı olarak durulmayacaktır.

³ Noterliğin tarihi gelişimi ve tarihsel süreçte kendilerine yüklenen görevler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Seda Örsten Esirgen, "Osmanlıdan Cumhuriyete Noterliğin Gelişimi", I. Uluslararası Türk Hukuk Tarihi Kongresi, İstanbul 2016, s. 49-86; İbrahim Ülker, Osmanlı Noterlik Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 9 vd.; Ömer Ulukapı ve Murat Atalı, Noterlik Hukuku, B. 3, Mimoza Yayıncılık, Konya 2013, s. 11-17; Gülten Başol, Noterlik Hukuku & Tebligat Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 35-41; Mehmet Orhan Batmaz, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 3-10; Süleyman Çetin ve Derya Ateş, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, B. 5, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 176-178; Metin Topçuoğlu, "Noter ile İş Sahibi (İlgili) Arasındaki İlişkinin Niteliği", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 20, S. 4, Ankara 2000, s. 191-193; Bahar Erdoğan Bilgili, "Noterin Hukuki Statüsü ve Hukuki Sorumluluğu Sorunu", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, C. 8, S.1, Ankara 2023, s. 75-78.

⁴ Süha Tanrıver, "Bir Hukuki Güvenlik Kurumu Olarak Noterlik ve Noterlerin Denetimi Üzerine Bazı Düşünceler", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, C. 8, S. Özel, 2013, s. 2600.

Öğretide⁵ noterin görevlerinin, sadece belge düzenleme ve onaylamadan ibaret olmadığı; noterin kendisine başvuran tarafların “*hukuki danışmanı*” olduğu ve bu danışmanlığın kapsamının özellikle noterin kurulmasında görev üstlendiği hukuki ilişkiler nedeniyle ileride ortaya çıkması muhtemel hukuki sorunların doğumunu önlemeye yönelik olduğu belirtilmektedir. Hatta bu nedenle noterlerin ilgiliyi, yönlendirme ve hukuki danışmanlık yaparak bilgi verme işlevleri itibarıyla “*hukuk mühendisi*” olarak nitelendirilebilecekleri de ifade olunmuştur.

Noterlerin kendilerine başvuran tarafların işlem ve hak güvenliğinin sağlanması amacıyla hizmet eden danışmanlık görevlerini ifa edebilmeleri, hem hukuki ve maddi anlamda geniş kapsamlı araştırma ve incelemelerde bulunmalarını hem de bu araştırma ve incelemelerinin sonuçlarını aydınlatma yükümlülüğü kapsamında kendilerine taşınmaz satış sözleşmesinin kurulması için başvuran taraflara aktarmalarını gerekli kılmaktadır.⁶

A. Genel Olarak Aydınlatma Yükümlülüğü

Aydınlatma kişilerin hukuki işlem yapıp yapmama iradesi etkilime ihtimali olan ve bilinmesinde fayda görülen hususların, olumlu ve olumsuz yönleriyle birlikte, anlaşılır bir şekilde ortaya konulması

⁵ Cenk Akil, “Noterin İlgilileri Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, Ankara 2012, s. 220, 221; Süha Tanrıver, “Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı’nın Getirdikleri”, *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru’ya Armağan*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 577; Tanrıver, *Noterlerin Denetimi*, s. 2601; “Burada sözü edilen hukuki danışmanlıktan maksat, ilgililerin menfaatlerini optimal seviyede korumak ve gelecekte ortaya çıkabilecek olan muhtemel risklerin şimdiden gerçekleşmesini önlemek amacıyla özel hukuk ilişkilerinin doğasına uygun bir format çerçevesinde biçimlendirilmesi veya inşası sürecine yani yapılandırılmasına katkı sağlanmasıdır.” Süha Tanrıver, “Noterlerin Danışmanlık İşlevi”, 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2017, s. 383-388; Tanrıver *Süha, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, Yetkin Yayınları*, Ankara 2023, s. 127; Süha Tanrıver ve Mehmet Serkan Ergüne, “Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 72, S. 1, Ankara 2023, s. 147.

⁶ Tanrıver, *Noterlerin Denetimi*, s. 2602; Noterin aydınlatma yükümlülüğünün özellikle tüketici sözleşmeleri, taşınmaz üzerinde aynı hak değişikliği yaratan işlemler ve şirket kurma sözleşmeleri bakımından özel bir anlam ve önem taşıdığı yönünde bkz. Tanrıver, *Danışmanlık*, s. 385.

olarak tanımlanabilir.⁷ Aydınlatmadan anlaşılması gereken kişiye, iradesini açıklayacağı veya esirgeyeceği hukuki işlemin tanıtılmasıdır. Bu bilgi aktarımı yapılırken, hukuki işlemin nasıl gerçekleştirileceği, türü, beklenen, istenen-istenmeyen ve beklenmeyenler de dahil olmak üzere olası sonuçları, alternatifleri, kısa ve uzun vadeli etkileri, zamanlaması, barındırdığı riskleri gibi temel konular aydınlatmaya dahil edilmelidir.

Hatta noterin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına belgelen-dirme işleminin yol açtığı masraflar hakkında bilgi verilmesinin de girildiği ifade edilmektedir. Ancak düzenlenmesi talep olunan hukuki işlemin vergi hukuku bakımından doğuracağı sonuçlar hakkında tarafların bilgilendirilmesinin noterin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında olmadığı kabul edilmektedir.⁸

Aydınlatmanın konusu olan hukuki işlem ne kadar kapsamlı ve karmaşık, aydınlatma yükümlüsünün bu görevi aynı oranda ciddileşir. Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken eksik, ilgili kişileri yanıltıcı ve yanlış bilgilerin aydınlatmada yer almamasına dikkat edilmelidir. Noterin aydınlatma yükümlülüğünü hukuka uygun şekilde ifa etmesi için makul ve orta zekalı bir insanın kolaylıkla anlayabileceği ölçüde açık ve anlaşılabilir bir dil kullanılması ve tamamen hukuk disiplinine özgü terminoloji kullanılmaması gerekir. Aydınlatma kapsamında kullanılan ifadeler belirlenirken yapılan değerlendirme, sadece objektif olarak değil; sübjektif kriterler de göz önünde bulundurulurken gerçekleştirilmelidir. Başka bir ifadeyle aydınlatmanın, irade açıklayacak kişilerin şahsi bilgi ve kültürel birikimleri de dikkate alınarak yapılması esastır. Zira aydınlatmanın içeriğinin ilgili kişi tarafından kavranamaması halinde, açıklanan iradenin geçerliliğinden söz edilmesi mümkün olmaz.

Noterin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi -kural olarak- aydınlatılan kişinin onayına tabi değildir. Yani noter, tek taraflı bir beyanla, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirilebilir. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispat yükü notere aittir. Ancak aydınlatmanın yapılması da noterin aydınlatmayı yaptığını yö-

⁷ Yasin Köse, "Avukatın Aydınlatma Yükümlülüğü", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 45, Ankara 2021, s. 29-52.

⁸ Akil, s. 225, 227.

nelik ispat yükümlülüğünün yerine getirilmesi de herhangi bir şekil şartına bağlı değildir.

Öğretide⁹ noterin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına yapılacak işlemin hukuken taşıdığı anlamın, ulaşılmak istenen sonucun ortaya çıkması için varlığı gereken hukuki şartların, şekle ilişkin yasal gerekliliklerin, hukuki işlemin içeriğinin, hüküm ve sonuçlarının, ifası ve icrasına ilişkin bilgilerin girdiği kabul edilmektedir. Yapılacak işlemin taraflar açısından taşıdığı ekonomik anlam ve önem aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı dışındadır.

B. Aydınlatma Yükümlülüğünün Dayanakları

Aydınlatma yükümlülüğünün dayanağını kanun,¹⁰ taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi veya dürüstlük kuralı oluşturur. Noterin aydınlatma yükümlülüğünün öncelikli kaynağının NK'da yer alan hükümlerde dayandırılması mümkündür. Bu sonuca NK'nın 72/3. maddesinde *"Noter, iş yaptıracak kimselerin kimlik, adres ve yeteneğini ve gerçek isteklerini tamamen öğrenmekle yükümlüdür"* ifadesiyle yer verilen hükümden de ulaşılabilmektedir. Zira kendisine başvuran kişilerin gerçek iradelerini öğrenmekle yükümlü olan noterin, tarafların yapılmasını talep ettikleri hukuki işlemin (düzenlenmesini istedikleri taşınmaz satışı sözleşmesinin ve akabinde yapılacak tescilin) hukuki sonuçlarını bilip bilmediklerini araştırması gerekir.

Anılan maddenin (NK m. 72/3) aydınlatma yükümlülüğüne daha açık yer verilen hali Noterlik Kanunu Yönetmeliği'nin¹¹ (NKY) 91/3. maddesinde şu şekilde kaleme alınmıştır: *"Yapılan işlemin niteliğine göre gerekli soruların sorularak işlemin sonucu hakkında ilgiliye açıklama yapılması gereklidir."* Özellikle tarafların hukuki işlemin sonuçları hakkında bilgi veya deneyim eksikliği bulunduğunu fark eden noterin, gerçek iradelerin oluşmasını sağlamak için aydınlatma yapması büyük önem taşımaktadır.

⁹ Tanrıver, Danışmanlık, s. 384; Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s. 126.

¹⁰ Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü (Biyotıp Sözleşmesi m. 5), sigortacının sigortalıyı aydınlatma yükümlülüğü (Türk Ticaret Kanunu m. 1423), veri sorumlusunun kişisel verisi işlenen ilgili kişiyi aydınlatma yükümlülüğü (Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 10), satıcı veya sağlatıcının tüketiciyi aydınlatma yükümlülüğü (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 4) kanundan doğan aydınlatma yükümlülüklerinin örneklerindedir.

¹¹ 13.07.1976 tarih ve 15645 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Noterin aydınlatma yükümlülüğünün bir diğer dayanağının da taşınmaz satış sözleşmesi yapmak isteyen taraflarla başvurdukları noter arasındaki sözleşme ilişkisinden çıkarılması mümkündür. Ancak NK'da noterin kendisine başvuran kişilerle arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine dair açık düzenleme bulunmaması, noterle kendisine başvuran kişiler arasındaki hukuki ilişkiyi tartışmalı hale getirmiştir. Aslında noterle kendisine işlem yaptırmak için başvuran kişiler arasındaki hukuki ilişkinin belirlenmesi, sadece noterin aydınlatma yükümlülüğünün dayanağının belirlenmesi açısından değil; noterin NK'nın 162. maddesinde düzenlenen tazminat sorumluluğunun türünün (haksız fiil veya akde aykırılık) tespiti açısından da önem arz etmektedir.¹²

Öğretide¹³ bir görüş, noterle kendisine işlem yaptırmak için başvuran kişiler arasında, özel hukuk temelli bir sözleşme ilişkisi bulunduğunu kabul etmektedir. Zira noter kendisine başvuran kişiler için ücret karşılığında bir iş görmektedir. Bu sözleşme ilişkisinin noterin yapacağı işin niteliğine göre vekalet¹⁴ veya NK'nın 62. maddesi gereğince saklanması veya üçüncü kişilere teslim edilmesi amacıyla ema-

¹² Noterin kendisine başvuran taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulduğu kabulü, NK'nın 162. maddesinde düzenlenen özel ve kusursuz sorumluluk hükmü karşısında, bu sorumluluğa dayalı olarak tazminat isteminin önünde bir engel teşkil etmez. Zira TBK'nın 60. maddesi çerçevesinde sorumluluk sebeplerinin yarışması halinde, zarar gören aksini istemiş olmadıkça, hâkimin zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vereceği düzenlenmiştir.

¹³ Reşat Atabek, "Noter Mali Sorumluluk Sigortası", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 3, Ankara 1974, s. 17; Bilal Kartal, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk", *Yargıtay Dergisi*, C. 24, S. 3, Ankara 1998, s. 349; Ömer Ulukapı, "Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 21, Konya 2013, s. 215; Batmaz, s. 78; Dila Okyar, "Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenleme Yetkisi Verilmesi Çerçevesinde Noterin Hukuki Sorumluluğunun Niteliğine Yeniden Bakış", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 1, Ankara 2024, s. 162; Gençler Özdemir, "Çalıntı Motorlu Araçların Satışında Noterin Hukuki Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, Konya 2021, s. 2318; Ali Sedat Uluğ, Noterin Noterlik Hizmetinden Doğan Hukuki Sorumluluğu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011, s. 10.

¹⁴ Batmaz, s. 78; Kartal, s. 349; Ülgen Aslan Düzgün, "Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 2, Ankara 2013, s. 493; Suat Sarı, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2004, s. 26.

net aldıkları eşyalar açısından vedia¹⁵ sözleşmesi olarak nitelenmesi mümkündür. Ayrıca noterle kendisine başvuran kişiler arasındaki sözleşmenin, kendine özgü yapısı olan (sui generis) isimsiz bir sözleşme olduğu görüşü de ileri sürülmüştür.¹⁶

Konuya ilişkin bir diğer görüş¹⁷ uyarınca, noterle kendisine başvuran kişiler arasındaki hukuki ilişkinin doğru olarak belirlenebilmesi için noterlerin görevli kabul edildikleri iş ve işlemler arasında zorunlu bir ayırım yapılması gerekir. NK'nın 60. maddesinde noterlere verilen görevlerle ilgili olarak, noterle kendisine başvuran arasında kişi arasında sözleşmeye dayalı bir ilişkiden söz edilemez. Zira noterler kanun gereği maddede belirtilen işleri yapmakla yükümlüdür. Ancak NK'nın 60. maddesi haricinde kalan işler açısından vekalet veya vedia sözleşmelerinin olduğu kabul edilebilir. Konuya ilişkin olarak öğretide ileri sürülen son görüş¹⁸ noterle kendisine başvuran kişiler arasında bir özel hukuk sözleşmesi kurulmasını mümkün bulmamaktadır.

Kanaatimizce noterle kendisine işlem yaptırmak için başvuran kişiler arasında sözleşme ilişkisi kurulmasının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Üstelik bu sonuca ulaşırken, noterlerin yapacakları işler arasında bir farklılık gözetilmesine ve isimli bir sözleşmenin bulunmaya çalışılmasına gerek yoktur. Bu durumda noterin aydınlat-

¹⁵ Topçuoğlu, s. 210; Ulukapı, s. 115; Batmaz, s. 43.

¹⁶ Atabek, s. 18.

¹⁷ Ulukapı/Atalı, s. 202; Mustafa Serdar Özbek, *Noter Senetlerinde Sahtelik, Yetkin Yayınları*, Ankara 2009, s. 75.

¹⁸ "Noterlerin mutlak görevleri alanında kalan, noterin yapmak zorunda bulunduğu bir işlemin ilgilisiyle, aralarında akdi bir ilişkinin cereyan ettiğinden bahsetmek lüzumsuzdur. Diğer alanlarda genel anlamda bir vekalet ilişkisinden bahsedilebilir. Fakat hangi iş ve işlemlerin vekalet hükümleri vasıtasıyla icra edildiği sorusunu kuşkuya mahal bırakmayacak şekilde cevaplayabilmek mümkün değildir." Topçuoğlu, s. 210; Şebnem Akipek Öcal, Hayriye Şen Doğramacı ve Gözde Çağlayan Aygün, "Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi Üzerine Bir Değerlendirme", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, Eskişehir 2023, s. 219-220; Leyla Müjde Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 2, Ankara 2014, s. 88; Saibe Oktay Özdemir, "Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları", *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, Alkim Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 696; Tuğçe Tekben, "Noterin Hukuki Statüsü ve Noterlik Kanunu'nun 162. Maddesi Uyarınca Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme", *İzmir Barosu Dergisi*, S. 3, İzmir 2021, s. 93, 97; Batmaz, s. 44.

ma yükümlülüğünün dayanaklarından birinin de kendisine başvuran kişilerle arasında kurulan sözleşme ilişkisi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

C. Aydınlatma Yükümlülüğünün Türleri

Noterin aydınlatma yükümlülüğünün şekli ve maddi açıdan ikiye ayrılarak ele alınması mümkündür.¹⁹ Aydınlatma yükümlülüğünün şekli kapsamında noterin, kendisine başvuran kişileri yapmak istedikleri hukuki işleme dair iradelerinin aktarılma şekli ve eğer varsa farklı belgelendirme biçimleri hakkında bilgilendirmesi yer almaktadır. Örneğin taşınmaz satışının resmi şekilde yapılmasını sağlamak amacıyla olan taraflara, bu konuda tapu müdürlüklerinin de yetkili olduğunun açıklanması, şekli aydınlatma olarak nitelenebilir.

Noterin aydınlatma yükümlülüğünün maddi kapsamında ise belgelendirilmek istenen konunun veya işlemin hukuki sonuçları hakkında ilgililerin bilgilendirilmesi bulunur. Başka bir ifadeyle noterin, taşınmaz satış sözleşmesinin kapsamı, içeriği ve hukuki sonuçları hakkında tarafları aydınlatması maddi kapsama dair olarak değerlendirilir.²⁰ Örneğin noterin NK'nın 61/A/4. maddesi gereğince satış sözleşmesinin taraflarca imzalandığı anda, tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası alarak sözleşmeyi bu sisteme kaydedeceği ve sözleşmenin sisteme kaydından sonra alıcının aynı hakkı kazanmasını sağlayan tapu siciline tescilin tapu müdürlüğüne yapılacağı hakkındaki bilgiler, maddi aydınlatmaya ilişkindir.

Benzer şekilde TBK'nın 243. maddesi gereğince taşınmaz satışının geciktirici şarta tabi kılınması halinde, şart gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamayacağı veya mülkiyeti saklı tutma koşuluyla taşınmaz mülkiyetinin tescil edilemeyeceğinin belirtilmesi, aydınlatma yükümlülüğünün maddi kapsamında bilgiler olarak taraflara aktarılmalıdır. Tescil işleminin şarta bağlanamaması taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin tasarruf işleminin şarta bağlanamayacağı sonucunu or-

¹⁹ Akil, s. 222.

²⁰ "Maddi bakımdan aydınlatma yükümlülüğüne ilgililerin, hukuka ya da ahlaka aykırı düşen sözleşme hükümlerinin hukuki sonuçları hakkında bilgilendirilmeleri de girmektedir." Akil, s. 222.

taya koymaya yeterlidir.²¹ Aynı sonuca Tapu Sicil Tüzüğü'nün²² (TST) 16/2. maddesinde tescil talebinin, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamayacağına yönelik düzenlemeyle de ulaşılmaktadır. Kural olarak taşınmaz mülkiyetinin devrine dair borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesinin şarta bağlanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte öğretide²³ taşınmaz satışının -bozucu şarta bağlı tescilin yapılmasının mümkün olmaması nedeniyle- bozucu şarta da bağlanamayacağı belirtilmektedir.

II. NOTERİN TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN DÜZENLENMESİNDEKİ GÖREVLERİNİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE ETKİLERİ

Noterin taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesindeki görevleri NK'nın 61/A maddesinde düzenlenmiş ve yasa koyucu tarafından düzenlenen yükümlülükler, NTSSY'de ayrıntılandırılmak suretiyle açıklığa kavuşturulmuştur.²⁴ Bu yükümlülüklerin arasında satış sözleşmesinin konusunu oluşturan taşınmazın türüne göre bir ayırım yapılmamıştır. Başka bir ifadeyle TMK'nın 704 ve 998. maddeleri uyarınca taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturan arazi, tapu kütüğünde

²¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, B. 3, Turhan Yayınevi, Ankara 2021, s. 119; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, B. 7, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 196; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, B. 5, Filiz Kitabevi İstanbul 2020, s. 130; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, B. 5, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 250; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, B. 23, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 230; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, B. 7, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 185; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, Turhan Yayınevi, Ankara 2021, s. 145; Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku*, C. IV/I. B. 4, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 664; Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Gayrimenkul Devrine Yönelik İşlemlerde Noterlerin Rolü", *90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2017, s. 392; Sendi Yakuppur, "Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterlerde Yapılabilmesine Olanak Tanıyan Yeni Düzenleme ve Mevcut Duruma Etkileri", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, İstanbul 2022, s. 655.

²² 17.08.2013 tarih ve 28738 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²³ Sirmen, s. 186.

²⁴ Ozanoğlu noterlere taşınmaz satış yetkisi verilmesinden önce (2017 yılında), resmi şekilden beklenen faydaların sağlanması için, noterlere bu konuda yetki verilmesi ve ayrıntılı bir aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Ozanoğlu, s. 394.

ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar²⁵ ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin satış sözleşmesine konu edilmeleri durumunda noter NK'nın 61/A maddesinde düzenlenen yükümlülüklerle uymakla mükelleftir.

A. Aydınlatmanın Usulü

Noter, taşınmaz satış sözleşmesi düzenlerken akit tarafların ikisini de aydınlatmakla yükümlüdür. Zira noter, taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesi için kendisine başvuran her iki tarafın da danışmanı sıfatıyla hareket eden, her ikisine de eşit mesafede bulunan tarafsız bir kişi durumundadır. Bu nedenle kurulacak sözleşmenin, sağlayacağı yararlar ile doğurabileceği olası riskler hakkında, her iki tarafı da aydınlatmak zorundadır.²⁶ Ancak özellikle taşınmazın üzerinde sınırlı aynı hakkın, yasal önalım hakkının veya şerh edilmiş hak veya sınırlamaların bulunduğu durumlarda alıcının aydınlatılması özel önem taşımaktadır.²⁷

TK'nın 26/2. maddesinde *“Taşınmaz mülkiyetinin devirini amaçlayan sözleşmelerde, tarafların farklı tapu müdürlükleri veya yurt dışı teşkilatında bulunmaları halinde, taraf iradeleri resmi görevliler tarafından ayrı ayrı alınarak sözleşme tamamlanabilir”* ifadesiyle düzenlenen ve tarafların ayrı mekanlarda bulunmalarına rağmen resmi şeklin düzenlenebilmesine imkan veren kuralın bir benzerine, NK'da yer verilmediği için²⁸ no-

²⁵ Yasa koyucunun notere taşınmaz mülkiyetini devir amacı güden sözleşmeler arasından sadece satış sözleşmesine dair resmi senedi düzenleme yetkisi vermesi sonucunda, noterin satış dışında kalan diğer mülkiyeti devir amacı güden sözleşmeleri (taşınmaz bağışlama sözü verme veya mal değişim sözleşmesi gibi) akdetmesi mümkün olmadığı gibi; taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin taahhüt işlemlerine de resmiyet kazandırılması olanaksızdır. Sınırlı aynı hakkın -örneğin bağımsız ve sürekli bir irtifakın- kurulmasına dair sözleşmeye resmîlik kazandıramayan noterin; kurulmuş ve tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydedilmiş olan bu irtifakın satışına dair sözleşmeyi düzenleme yetkisiyle donatılması, konuyu yetkide paralellik açısından eleştiriye açık hale taşımıştır.

²⁶ Tanrıver, Danışmanlık, s. 385.

²⁷ Ozanoğlu sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olduğu durumlarda, bilgilendirme ihtiyacı daha belirgin olan tarafın tüketici olduğunu belirtmektedir. Ozanoğlu, s. 396.

²⁸ NTSSY'nin 5/4. maddesinde kullanılan *“Tarafların, yükledikleri belgelerin asıllarını randevu tarih ve saatinde noterliğe müracaatlarında ibraz etmeleri gerekir.”* ve 7/6. maddesinde yer verilen *“Randevu tarih ve saatinde noterlikte hazır bu-*

ter tarafından düzenlenecek taşınmaz satış sözleşmesinin taraflarının aynı anda aynı noterde bulunmaları şarttır.²⁹

Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken husus, noterin taşınmaz satış sözleşmesinin taraflarını aynı anda ve onlar birlikteyken aydınlatmasının uygun olup olmadığına ilişkindir. Noterin taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesi nedeniyle üstlendiği hukuki danışmalık görevi, sözleşmenin taraflarından herhangi birine değil; ikisine birden ifa edilmelidir. Bu nedenle taşınmaz satış sözleşmesinin alıcısı ve satıcısının noter tarafından aynı anda ve birlikteyken aydınlatılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Hatta noterin akit taraflar arasındaki tarafsızlığını koruyabilmesi ve bunu onlara da yansıtabilmesi için aydınlatmanın taraflar bir aradayken yapılmasının daha yerinde olduğu düşünülmektedir.

Noterin taşınmaz satış sözleşmesi kapsamında tarafları aydınlatma yükümlülüğünün zamanı, sözleşmenin düzenlenmesinin ve taraflarca imzalanmasının öncesidir. Tarafların satış sözleşmesini akdetmek yönündeki iradelerinin ancak aydınlatma sonrasında serbestçe oluşacağını kabulü sonucunda, bu iradelerin açıklanma anından önce aydınlatmanın yapılması gerektiği tartışmalıdır. Noter diğer

lanmayan taraflara, on gün içinde noterliğe müracaat etmeleri hâlinde işlemin yapılacağı, aksi takdirde başvurunun iptal edileceği bilgisi aynı gün kısa mesajla bildirilir” ifadelerinden de taşınmaz satış sözleşmesinin akit taraflarının aynı anda ve aynı noterde bulunmaları gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

²⁹ Tanrıver ve Ergüne haklı bir tespitle, TK’da yer verilen bu istisnai hükmün, noterlerin yapacağı işlemlerde -bu hususta açık bir düzenlemeye yapılmıyacağı kadar kıyasen dahi olsa uygulanmasının mümkün olmadığını altını çizmektedirler. Tanrıver/Ergüne, s. 151. Ayrıca Elektronik İmza Kanunu’nun 5/2. maddesi gereğince kanunda resmi şekle veya özel bir merasime tabi tutulan hukuki işlemlerin resmi şekilde yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Tanrıver konuya ilişkin görüşünü şu şekilde açıklamaktadır: “Kanunlarda, geçerlilik şekli olarak resmî şekle uygun bir biçimde gerçekleştirilmeleri öngörülmüş ve resmîyet verecek mercii olarak da noterlerin belirlenmiş bulunduğu tüm hukukî işlemlerle, yine münferit kanun hükümlerinde, resmi şekilde icrası geçerlilik şekli olarak öngörülmüş ve fakat resmîyet verecek makamın açıkça gösterilmemiş olması sebebiyle, Noterlik Kanunu’nun 60. maddesinin ikinci bendi uyarınca, noterlerin yapma yetkisini kazanmış bulunduğu tüm hukuki işlemlerin, noterliklerce de, elektronik ortamda, güvenli elektronik imzayla gerçekleştirilmeleri hukuken caiz değildir.” Süha Tanrıver, “Noterler Tarafından Elektronik Ortamda Yapılabilecek olan İşlemler ve Bu İşlemlerin Gerçekleştirilmesi Usulü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, Ankara 2016, s. 3679.

görevlerinin olduğu gibi, aydınlatma yükümlülüğünün ifası sırasında da özenle davranmalıdır.³⁰

NK'nın 61/A/5. maddesinde, yasa koyucunun taşınmaz satış sözleşmesine verdiği önemin ve noterin hukuki bilgi birikimine duyduğu güvenin bir yansıması olarak, noterin taşınmaz satış sözleşmesiyle ilgili işlemleri bizzat yapması gerektiği düzenlenmiştir. Bu hüküm, noterin taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesine ilişkin aydınlatma yükümlülüğünün de şahsen ifa edilmesi gerekliliğini beraberinde getirmektedir. Noterin yaptığı aydınlatma sonrasında tarafların konuya ilişkin sorularının olması halinde, noter söz konusu soruları da şahsen yanıtlamalıdır.

Taşınmaz satış sözleşmesine dair bir uyumsuzluğun çıktığı ve bunun aydınlatma yükümlülüğüyle de bağlantılı olduğu durumlarda, aydınlatmanın gereği gibi yerine getirildiğinin ispatını yapacak olan kişi noterdir. Noterin aydınlatma yükümlülüğüne dair bazı hususlar zaten düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesine dahil edilmelidir. Bu durum NK'nın 61/A maddesinde olmasa da NTSSY'nin 8/3. maddesinde "*Taşınmaz üzerindeki hak ve yükümlülükler sözleşmeye doğru ve tam olarak yazılarak, bunların kabul edildiğine dair beyan alınır*" düzenlemesiyle açıklığa kavuşturulmuştur.

Ayrıca Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin³¹ "*Resmi senedin içeriği*" kenar başlıklı 7/g maddesinde de taşınmazı kısıtlayan hususlara ilişkin bilgilerin "*irtifak hakları, taşınmaz yükü, taşınmaz rehni, şerhler, beyanlar*" resmi senette belirtilmesi gerektiği açıklanmıştır. Bu hükmün kıyasen noter tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmelerine de uygulanması halinde, noter zaten sözleşmede bulunan bu hususlar hakkında tarafları bilgilendirdiği ispatlamakta bir güçlük çekmeyecektir.

³⁰ "Noterin bir kamu hizmeti ifa ettiği de dikkate alınarak sorumluluğun belirlenmesinde normal bir insanın göstereceği özenli davranış değil, aynı işi üstlenen noterlik mesleğinde çalışan bir kişinin göstermesi gereken objektif davranış esas alınacaktır. Buradaki tazminat yükümlülüğü; sorumlu kişinin somut olaydaki bireysel davranışından ziyade daha çok onun toplum ve ekonomi içindeki durumu ile kanunun ona yüklediği ihtimam ve özen görevine bağlanmaktadır." YHGK, E. 2017/1518, K. 2020/139, T. 13.02.2020.

³¹ 10.11.2009 tarih ve 27402 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Buna karşılık noterin aydınlatma yükümlülüğüne dahil olan bazı hususların sözleşmeye geçirilmesine dair hüküm bulunmayan örnekler de mümkündür. Mesela paydaşlardan birinin payının tamamını veya bir kısmını paylı mülkiyet birliği dışında birine devretmesi halinde, noterin diğer paydaşların yasal önalım hakkına dair aydınlatma yapması gerekli olmakla birlikte bu hususun satış sözleşmesine geçirilmesi gerekli değildir.

Ancak aydınlatma yükümlülüğünün usulüne uygun bir şekilde ifa edildiğine dair ispat sorunları yaşamak istemeyen noterin, taşınmaz satış sözleşmesinde yer bulması gerekli olmayan hangi hususlarda tarafları aydınlattığına dair bir ibareyi, satış sözleşmesine eklemesi kendisine bir güvence sağlayabilir. Aynı amaca hizmet edecek bir diğer önlem de noterin tarafların hangi konularda aydınlatıldıklarına ilişkin iradelerini tutanak altına almasıdır.³²

B. Aydınlatmanın Kapsamı

Noterin NK'nın 61/A maddesinde taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin düzenlenen görevlerinin, satış sözleşmesinin düzenlenmesinden öncesine ve taşınmaz satış sözleşmesine dair resmi senedin düzenlenmesine ilişkin olanlar şeklinde ikiye ayrılarak incelenmesi mümkündür. Noterin tarafları aydınlatma yükümlülüğü, taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden öncesine ilişkin görevleri arasındadır. Üstelik NK ve NTSSY'de yapılan düzenlemelerle taşınmaz satış sözleşmesini, noter huzurunda akdetmek isteyen tarafların, tescili ve alıcıya tapu senedinin verilmesini bile tapu müdürlüğüne gitmeden sağlayabildikleri bir sistemde, TMK'nın 1020. maddesinde düzenlenen tapu sicilinin açıklığı ilkesi³³, noterin yaptığı aydınlatmayla sağlanmaktadır.

³² “Yine noter, taşınmaz satış sözleşmesinin hazırlanması evresinde, somut işlem bağlamında yasal önalım hakkına sahip bir kişi mevcutsa, bu hususa işaret etmek ve bunun yapıldığına dair sözleşmeye bir kayıt düşmek zorundadır.” Tanrıver/ Ergüne, s. 160.

³³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gökhan Antalya, Elektronik Tapu Sicili, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 35 vd. Gökhan Antalya, “Eşya Hukukuna Hâkim İlkelerden Aleniyet İlkesi”, *MÜHF-HAD*, Bülent Tahiroğlu'na Armağan, C. 23, S. 3, İstanbul 2017, s. 425 vd. Öğretide noterin düzenlediği taşınmaz satış sözleşmesine alıcının “Tapu sicilinin açıklığı uyarınca bilgi sahibi oldum” şeklindeki beyanının elle yazımını sağlayarak; imzasını almasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Etem Saba Özmen, “Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, Ankara 2022, s. 530.

NK'nun 61/A maddesinden anlaşılan noterin taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesi aşamasına geçmeden önce “başvuru belgesi düzenlemek”, “taşınmazın hukuki durumunu incelemek” ve “hak sahibini belirlemek” şeklinde üç temel görevi vardır. Bunları gerçekleştiren ve kendisine başvuran kişiler arasında satış sözleşmesinin kurulmasının mümkün olduğuna karar veren noter, “taşınmaz satış sözleşmesine dair resmi senedi düzenlemek” ve “sözleşmeyi sisteme kaydetmek” ile de yükümlü kılınmıştır. NK'da açıkça düzenlenmemekle birlikte NTSSY'nin 8/7. maddesinde noter, satışı gerçekleştirilen taşınmazın sözleşmesi imzalandıktan ve daha da önemlisi tapu müdürlüğünce alıcı adına tescilinin tamamlanmasından sonra, taraflara³⁴ tapu senedinin verilmesiyle görevlendirilmiştir.

1. Tarafların Başvurusu ve Noter Tarafından Başvuru Belgesinin Düzenlenmesi

NK'nun 61/A/2. maddesinde “Noterler, taşınmaz satış başvurusu üzerine başvuru belgesi düzenler ...” ifadesine yer verilmiştir.³⁵ Kanunda sadece noterin ilk hareketiyle başlatılan sürecin öncesinde taşınmaz satış sözleşmesi akdetmek isteyen tarafların notere nasıl başvuracaklarına dair açıklama, NTSSY'nin 5. maddesinde ayrıntılarıyla düzenlenmiştir. Anılan madde gereğince taşınmaz satış sözleşmesinin noter tarafından düzenlenmesini isteyen taraflar, konuya ilişkin başvurularını sadece Türkiye Noterler Birliğinin (TNB) “e-randevu/başvuru” uygulamasından, e-Devlet kapısı kullanmak marifetiyle gerçekleştirebilirler.

Başvuru uygulamasında öncelikle listelenen taşınmazlar arasından, satış sözleşmesinin konusunu oluşturacak taşınmaz seçilir. Akabinde Türkiye Noterler Birliği Bilgi Sistemine (TNBBS) tarafların ve varsa yasal veya iradi temsilcilerinin kimlik, tebligata esas adres ve iletişim bilgileri; Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, mavi kart sahiplerinin mavi kart kimlik numarası, yabancı ülke vatandaşının, vatan-dışı olduğu ülkeye ait pasaport veya yabancı ülke kimlik bilgisi,

³⁴ NTSSY'de açıkça tapu senedinin taraflara verileceğinden söz edilmiş olmakla birlikte, aslında tapu senedinin sadece mülkiyeti kazanan alıcıya verilmesi gerekir.

³⁵ Noter NTSSY'nin 7/1. maddesi gereğince düzenlediği başvuru belgesini Tapu ve Kadastro Paylaşım Sistemi (TAKPAS) üzerinden Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne iletir.

yabancı kimlik numarası veya potansiyel vergi kimlik numarası, vatansız kişilerin vatansız kişi kimlik bilgileri ve potansiyel vergi kimlik numarası, tüzel kişiyi tanımlayıcı bilgiler, yasal veya iradi temsile ilişkin bilgiler, taşınmazın emlak vergi değeri ile taraflar arasında belirlenen satış bedeli, yabancı gerçek kişilerin alıcı taraf olduğu işlemlerde ise döviz alım belgesinde kayıtlı Türk lirası tutar işlenir. İşlenen bilgilere dayanak belgeler TNBBS'ye yüklenir. Tarafların, yükledikleri belgelerin asıllarını randevu tarih ve saatinde noterliğe müracaatlarında ibraz etmeleri gerekir. Ayrıca başvuruda, sözleşmenin düzenlenmesi istenilen noterlik seçilir.

NTSSY'nin 5/6. maddesinde tarafların yaptıkları başvurunun, seçilen noterliğin başvuru ekranına düşeceği belirtilmiştir. Bu yöndeki bildirim alan noter, TNBBS'den başvuru belgesi düzenler. NTSSY'nin 5/7. maddesi gereğince noterin hukuki veya fiili bir engeli nedeniyle başvuru belgesini düzenleyememesi halinde başvuru reddedilerek TNBBS'den taraflara noterlik bilgisini güncelleme olanağı sağlanır. Bu durum tarafların başvuru sırasında belirttikleri telefon numaralarına kısa mesajla bildirilir.

Başvuruyu reddetmeyen noterin, taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesi konusunda taraflara hukuki danışmanlık yapmayı örtülü irade açıklamasıyla kabul etmiş olduğu sonucuna ulaşılmışının önünde bir engel yoktur. TBK'nın vekalet sözleşmesine ilişkin 503. maddesinde *"Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmi sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekalet sözleşmesi kurulmuş sayılır"* kuralının kıyasen uygulanması sayesinde de aynı çıkarım yapılabilir.

NTSSY'nin 7/1. maddesinde kullanılan *"Noter, başvuru üzerine TNBBS'den başvuru belgesi düzenler"* ifadesinden anlaşılan noterin NK ve NTSSY ile düzenlenen diğer yükümlülüklerle geçmeden -örneğin taşınmazın hukuki durumunu incelemeyen- önce, başvuru belgesini düzenlemesi gerektiğidir. Bir diğer ifadeyle noterin hukuki veya fiili bir engeli nedeniyle başvuru belgesini düzenleyemeyeceğini taraflara bildirmemesi durumunda, taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesi konusundaki ilk görevi taraflar adına başvuru belgesinin düzenlenmesi ve belgeyi Genel Müdürlüğe TAKPAS'tan iletmesidir. Bu aşamada

tarafarla herhangi bir iletişim kurmayan noterin, aydınlatma yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

2. Taşınmazın Hukuki Durumunu İncelemek

NK'nın 61/A/2. maddesinde "Noterler, taşınmaz satış başvurusu üzerine... taşınmaz üzerindeki her türlü kısıtlamaları dikkate alır ve taşınmaz satışıyla ilgili diğer kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esasları gözetir" hükmüne yer verilmiştir. Maddenin devamında "Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne tapu kayıt örneği ve diğer belgeler tapu bilişim sistemi vasıtasıyla noterlerle paylaşılır. Taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerin eksik olması halinde ilgili tapu müdürlüğünden eksik olan hususlar bu sistem üzerinden talep edilir ve eksiklikler tapu müdürlüğüne giderilerek sisteme aktarılır. Noterlerce hak sahibi belirlendikten ve taşınmazın satışına engel hukuki bir durumun bulunmadığı tespit edildikten sonra taşınmaz satış sözleşmesi yapılır" ifadesi kullanılmıştır.³⁶

Düzenlemeden tarafların başvurusu kendisine ulaşan noterin, başvuru belgesini düzenledikten sonra yapması gereken ilk işlemin taşınmazın durumunun incelemesi olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu inceleme taşınmazın hukuki durumuna ilişkindir. Noterin taşınmazın fiili durumunu incelemesi, örneğin kat mülkiyetine tabi bir bağımsız bölümün satışı talep olunmuşsa, bu bağımsız bölümün cephesine (kuzey/güney vb.) bakması veya içini teftiş ederek ayıplı olup olmadığını saptaması gerekli değildir. Ancak noterin tapu sicilinde kayıtlı olan; tapu müdür ve memurlarınca görüntülenebilen tüm hususları incelemesine dahil etmesi gereklidir.

Noterin öncelikle taşınmazın niteliğine ilişkin bilgiyi incelemesi gerekir.³⁷ Örneğin taşınmazın cinsi konut, mesken, işyeri, arsa veya dükkân olarak görünüyorsa diğer incelemelere geçecek olan noter; taşınmazın cinsinin tarla, bahçe veya tarım arazisi görünmesi halinde

³⁶ NTSSY'nin 7/2. maddesinde noterin taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerdeki eksikliğin, taşınmazın kayıtlı olduğu tapu müdürlüğünden TAKPAS vasıtasıyla giderilmesini talep ettiği durumlarda, gerekli bilgi ve belgelerin tapu müdürlüğüne "en geç üç iş günü içerisinde" TAKBİS'e yükleneceği düzenlenmiştir.

³⁷ Taşınmaz mülkiyetinin üzerindeki sınırlamaların bir kısmı taşınmazın cinsine göre belirlenmektedir. Örneğin 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'ndan kaynaklanan sınırlamalar bu kapsamda değerlendirilebilir.

bu konudaki yasal sınırlamaları dikkate almak ve satışı talep olunan tarım arazisinin bölünebilir ve devredilebilir olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür. Araştırma sonucunda elde ettiği sonucu taraflara -bu sonucun taşınmazın satışına etkisi her ne olursa olsun- açıklamakla yükümlüdür. Ayrıca taşınmaz üzerinde kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamaların da bulunması mümkündür.

Noterin bu aşamada önce inceleme sonra da incelemelerinin sonucunda ulaştığı bilgilerle tarafları aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına giren bir diğer konu, taşınmazın üzerindeki kısıtlamalara ilişkindir. Satış sözleşmesine konu edilmek istenen taşınmazın üzerinde sınırlı ayni haklar veya şerh edilmiş hususlar olabilir. Taşınmazın üzerinde sınırlı ayni hakların kurulu olması durumu, bu haklar kurulmakla birlikte mülkiyet hakkından bağımsızlaştıkları ve bu nedenle satış işleminden etkilenmedikleri için, sınırlı ayni hak sahibi açısından değil; sadece alıcının aydınlatılması açısından önem taşırlar.

Taşınmazın hukuki durumunun incelenmesi sonucunda noter tarafından ulaşılan ve aydınlatmaya dahil edilmesi gereken önemli bir diğer kısıtlama türü de taşınmaz üzerindeki şerhlere ilişkindir. Türk Hukukunda etki ve sonuçları açısından birbirine benzemez çok sayıda şerh düzenlenmiştir. Bunlar sadece TMK'nın 1009-1011. maddeleri arasında kaleme alınan üç ayrı şerhten ibaret değildir. Terörle Mücadele Kanunu'nun 20/A maddesinde de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu'nun 17/B/2. maddesinde şerh düzenlemesine rastlamak mümkündür. Özellikle bazı tasarrufu kısıtlayıcı şerhlerin taşınmazın üzerinde ayni hak kurulmasını engelledikleri göz önünde bulundurulduğunda, bunlardan biriyle karşılaşan noterin taşınmaz satış sözleşmesi düzenleyemeyeceği ve tarafları bu konuda aydınlatacağı tartışmasızdır.

Buna karşılık özellikle kişisel hakların kuvvetlendirilmesi amacını taşıyan şerhlerin, taşınmaz mülkiyetinin devredilmesinin önünde bir engel teşkil etmesi -kural olarak- mümkün değildir. Ancak bu tür şerhlerin amacı, taşınmaz üzerinde şerhten sonra ayni hak kazananlara karşı şerh edilen kişisel hakkın ileri sürülebilmesini sağlamak olduğundan; bu tür şerhler yarattıkları eşyaya bağlı borç etkisi nedeniyle alıcı açısından sınırlandırılmış bir mülkiyet hakkının kazanılmasına sebep olurlar. Bu nedenle noterin aydınlatma yükümlülüğünün en önemli

kısımlarından birini de satış sözleşmesine konu edilen taşınmaz üzerindeki şerhler oluşturur.

Örneğin taşınmazın üzerinde önalım, alım veya geri alım haklarından birinin şerh edilmiş olması halinde alıcı, adına tescil sağlandıktan sonra bile, bu hak sahiplerinin taşınmazın mülkiyetini elde etme hakları nedeniyle deyim yerindeyse -diken üzerinde- bir süreç geçirecektir. Benzer şekilde taşınmaz üzerinde şerh edilmiş bir kira sözleşmesinin varlığı halinde, taşınmazın alıcısı kira sözleşmesinin de tarafı haline gelecektir. Böyle şerhlerin varlığı halinde alıcının satış sözleşmesinin kurulmasına dair serbest iradesi, ancak bütün bu konularda aydınlatılması sonucunda oluşabilir.

Noterin taşınmaz satış sözleşmesi düzenlerken tarafları aydınlatma yükümlülüğüne dair en açık hüküm, NTSSY'nin "Sözleşmenin yapılması" kenar başlıklı 8/3. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede "Taşınmaz üzerinde hak ve yükümlülükler varsa, bunlar hakkında taraflara bilgi verilir. Mevcut hak ve yükümlülüklerin varlığı kabul edilerek işlemin sonuçlandırılması talep ediliyorsa, taşınmaz üzerindeki hak ve yükümlülükler sözleşmeye doğru ve tam olarak yazılarak, bunların kabul edildiğine dair beyan alınır." ifadesi kullanılmıştır.

NTSSY'nin 8/3. maddesinde yer verilen aydınlatma yükümlülüğün bir benzeri, Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "Mülkiyet hakkını sınırlayan konular" kenar başlıklı 10. maddesinde tapu müdür veya tapu memurları açısından kaleme alınmıştır. Maddede "Tapu kaydında taşınmazı sınırlayan hak ve yükümlülükler varsa, bunlar hakkında taraflara bilgi verilir ve mevcut sınırlama ve yükümlülüklerin varlığı kabul edilerek işlem yapılmasının istenip istenilmediği sorulur." ifadesi kullanılmıştır. Bu Yönetmeliğin "İrade beyanlarının karşılıklı olması" kenar başlıklı 13. maddesinde tapu müdür veya tapu görevlilerine aydınlatma yükümlülüğünün getirildiği bir diğer düzenlemeye "Resmi senette yer alan irade beyanlarından tarafların karşılıklı olarak bilgi sahibi olması sağlanır" ifadesiyle yer verilmiştir. Anılan maddede bu yükümlülük, sadece tapu müdür veya tapu görevlileri için düzenlenmiş olsa da taşınmaz satış sözleşmesi düzenleyen Noterin de aynı sonucu doğuran bir işleme resmi nitelik kazandıran yetkili kişi olarak bu yükümlülüğü de yerine getirmesi gerekir.

3. Hak Sahibini Belirlemek

NK'nın 61/A/3. maddesinde "Noterlerce hak sahibi belirlendikten ve taşınmazın satışına engel hukuki bir durumun bulunmadığı tespit edildikten sonra taşınmaz satış sözleşmesi yapılır" ifadesi kullanılmıştır. Noterin taşınmaz satış sözleşmesini düzenlemeye geçmeden önce yerine getireceği son görev, kendisine başvuran taraflar arasında satıcının, taşınmazın tapu sicilinde kayıtlı ve tasarruf yetkisi kısıtlanmamış maliki olup olmadığının araştırılmasıdır. Zira hukuken taşınmazın maliki olan herkesin, taşınmaz üzerinde tam bir tasarruf yetkisine sahip olduğunun söylenmesi mümkün değildir.

Aslında taşınmaz satış sözleşmesi akdedebilmek için taşınmazın üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmak zorunlu değildir. Taşınmazın üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmak, kazandırıcı işlem açısından zorunlu şarttır. Bu durum TMK'nın 1013/1. maddesinde "Tescil, tasarrufa konu olan taşınmaz malikinin yazılı beyanı üzerine yapılır" cümlesi kullanılmak suretiyle de yasal dayanağa kavuşturulmuştur. Aşağıda "5. Sözleşmeyi Sisteme Kaydetmek" başlığında ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, noter tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesine, taşınmazın malikinin tescil talebi de eklenecek olduğundan; noter sözleşmeyi düzenlerken, satıcının taşınmazın tasarruf yetkisine de sahip olan maliki olmasını kontrol etmekle yükümlü kılınmıştır.

Taşınmazın malikinin, tasarrufta bulunabilmesi için TMK'nın 705/2. maddesi gereğince, tapu sicilinde malik olarak kayıtlı olması gerekir. Tescilden önce kazanım hallerinden biriyle mülkiyet kazanan malik, tapu sicilinde adına açıklayıcı tescil yapılmadıkça, taşınmaz üzerinde tasarruf edemeyecektir. Ayrıca tapu müdür ve görevlilerinin kendilerine ek belgeler sunulması suretiyle yapabilecekleri açıklayıcı tescilleri, noterlerin yapabilmeleri mümkün değildir. Zira NK'nın 61/A maddesiyle taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesi konusunda yetkilendirilen noterin, satış sözleşmesine eklenen tescil talebini sistem üzerinden tapu müdürlüğüne iletme yetkisi bulunmakla birlikte; tapu sicilinde değişiklik yapma (açıklayıcı veya kurucu tescil ya da terkin) yetkisi bulunmamaktadır.

Örneğin mirasbırakan M'nin tek yasal mirasçısı A'nın kendine intikal eden taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı bulunmakla birlikte, henüz adına tapu sicilinde açıklayıcı tescil yapılmamışsa noter, A'nın

satıcı olarak taraf olmak istediği taşınmaz satış sözleşmesini -durumu gösterir mirasçılık belgesi olsa bile- düzenlemeyecektir. Aslında NK'nın 61/A/6. maddesinde *“Tapu kayıt örneği ve diğer belgelerden hak sahibinin belirlenememesi ... halinde noterlerce satış işlemi gerçekleştirilmez”* ifadesiyle kaleme alınan kuralda³⁸ *“diğer belgelerden”* de söz edilmişse de TMK'nın 705/2. maddesinin açık hükmü karşısında bu belgelerin malikin kimliğinin belirlenmesine ilişkin belgeler (kimlik kartı, pasaport vb.) olması gerektiği düşünülmektedir.

Hak sahibinin belirlenmesinin önem taşıdığı bir diğer durum da birlikte mülkiyet halleridir. Paylı mülkiyette paydaşların veya elbirliği mülkiyetinde ortakların taşınmazın tamamını konu alan satış sözleşmesi kurmak istemeleri halinde noter, bütün birlikte maliklerin satış iradelerinin bizzat kendilerince veya yetkili temsilcileri aracılığıyla açıklanıp açıklanmadığını tespit etmekle yükümlüdür. Paylı mülkiyette taşınmazın paydaşlarından birinin kendi payının tamamı veya bir kısmı üzerinde satış işlemi yapmak istemesi ve alıcının paylı mülkiyet birliği dışından bir kişi olması durumunda, noter mutlaka alıcıyı diğer paydaşların yasal önalım hakları konusunda bilgilendirmelidir.

Taşınmaz satış sözleşmesinin taraflarca bizzat değil de temsilcileri vasıtasıyla kurulacak olduğu hallerde noter, TBK'nın 504/3. maddesi gereğince özellikle satıcının vekilinin özel olarak yetkilendirilmiş olup olmadığını denetlemekle yükümlüdür. Ayrıca yine vekaletname ile sözleşme yapılması durumunda noterin vekilin azledilmiş olup olmadığını aziller sicilinden incelemesi gerekir. NK'nın 61/A/3. maddesinde kullanılan ifadede *“taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerin”* eksik olmasından söz edilmiş olmakla birlikte; ilgili tapu müdürlüğünden giderilmesi talep olunabilecek eksikliklerin bir örneği, aziller sicilinin söz konusu vekil açısından kayıt içerip içermediği yönündeki bilgi olabilir.

4. Resmi Senedin İçeriğini Düzenlemek

NTSSY'nin 6. maddesi uyarınca taşınmaz satış sözleşmesi düzenleyen noter, TNB tarafından TAKBİS'teki sözleşme şekli ve içeriği gö-

³⁸ Açıklanan kural, NTSSY'nin 8/5. maddesinde *“Tapu kayıt örneği ve diğer belgelerden hak sahibinin belirlenememesi veya satışa engel hukuki bir durumun varlığı halinde noterlerce satış işlemi gerçekleştirilmez”* ifadesiyle de tekrar olunmuştur.

zetilerek hazırlanan ve TNBBS'ye kaydedilen sözleşme örneğini kullanır. TNB tarafından bir nüshası resmi internet sitelerinde halka açık şekilde paylaşılmadığı için ulaşılamayan sözleşme örneğinin, taşınmaz satış sözleşmesine dair sadece zorunlu unsurları içeren bir belge olarak nitelendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Başka bir ifadeyle -taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin yasal sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla- taraf iradelerine göre örnek sözleşme noter tarafından yapılan eklemeler suretiyle değiştirilebilmelidir.

Bu konuda verilebilecek örneklerden biri de taşınmaz satış sözleşmesine konu olan taşınmazın aile konutu niteliğini taşıması ve tapu siciline de bu konuda şerh verilmiş olması durumuna ilişkindir. Böyle bir durumda malik olana eş, diğer eşin açık rızası olmadıkça aile konutu niteliğindeki taşınmazı devredemez. Taşınmaza dair yaptığı hukuki inceleme neticesinde satışı talep olunan taşınmazın tapu sicil sayfasında aile konutu şerhi bulunduğunu gören noterin, satıcının eşinin aile konutunun satılmasına yönelik rızasını düzenlediği satış sözleşmesine dahil etmesi gereklidir. Eğer açıklanan örnekte malikin (satıcının) eşinin satış sözleşmesine dair rızası alınamıyorsa, noter NK'nın 1. maddesinde belirtilen *"hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek"* görevlerinin gereği olarak satış sözleşmesini düzenlemekten kaçınmalıdır.

Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (TMDRSİUEHY) 10. maddesinde tapu müdür veya tapu görevlilerinin öncelikle taşınmazı sınırlayan hak ve yükümlülüklerle ilgili tarafları aydınlatması; sonrasında ise taraflara mevcut sınırlama ve yükümlülüklerin varlığına rağmen işlemin yapılmasında kararlı olup olmadıklarının sorulması gerektiği düzenlenmiştir. NTSSY'nin 8/3. maddesinde *"Mevcut sınırlama ve yükümlülüklerin varlığı kabul edilerek işlemin sonuçlandırılması talep ediliyorsa, taşınmazı sınırlayan hak ve yükümlülükler resmi senede doğru ve tam olarak yazılarak, bunların kabul edildiğine dair beyan alınır"* ifadesine yer verilmiştir.

Noterin de yapması gereken, yukarıda açıklanan hükümlerin uygulanması suretiyle, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında yer alan bilgileri taraflara aktardıktan sonra, taşınmazı sınırlayan hak ve yükümlülükleri taşınmaz satış sözleşmesine doğru ve tam olarak yaz-

mak ve tarafların bu hak ve sınırlamalar yüklü olarak taşınmaz satış sözleşmesini yapmaya ilişkin iradelerini resmi senede dahil etmek olmalıdır.

Noterin resmi senedin düzenlenmesi sırasında da aydınlatma yapması gerekebilir. Zira tarafları taşınmazın hukuki durumu hakkında aydınlatan noterin, aydınlatmasına taşınmaz mülkiyetinin devriyle ilgili bütün hukuki bilgileri dahil etmeyecektir. Örneğin taraf iradeleri bu yönde şekillenmedikçe taşınmaz satışının bozucu şart karşısındaki durumunu da aktarmakla yükümlü değildir. Buna karşılık taşınmaz satış sözleşmesinin taraflarının, bu sözleşmeyi şarta bağlı olarak akdetmek istemeleri durumunda, bu konuyu da aydınlatmasına dahil etmekle yükümlüdür.

NTSSY'nin 7/4. maddesinde taşınmaz satış sözleşmesine, tescili bozan veya hükümsüz kılan kayıt ve şartların yazılamayacağı düzenlenmiştir.³⁹ TBK'nın 243/1. maddesinde "*Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz*" hükmüne yer verilmiştir. Anılan düzenlemeden açıkça anlaşılan taşınmaz satışının geciktirici şarta bağlanabileceği ve mülkiyeti kazandıracak olan tescilin ancak şart gerçekleştikten sonra yapılabileceğidir. Benzer bir hüküm TST'nin 16/2. maddesinde yer verilen "*İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz*" cümlesiyle de kabul olunmuştur.

Aslında noter sadece taşınmaz satış sözleşmesini düzenlemekle yükümlü kılınmış olsaydı, bu sözleşmeye geciktirici şart dahil etmesinin önünde herhangi bir engel olmazdı. Başka bir ifadeyle noter, taşınmaz satış sözleşmesini resmi şekilde yapar, geciktirici şart gerçekleştikten sonra da taşınmazın malikinin tapu müdürlüğünde bulunacağı tescil talebiyle tapu müdürlüğü tarafından tescil işlemi yapılabilirdi.

Ancak yukarıda da açıklandığı üzere noter, satış sözleşmesinin imzalanmasını müteakip, -hatta NK'nın 61/A/4. maddesinde yasa koyucu tarafından kullanılan ifadeyle "*Satış sözleşmesi taraflarca imzalandığı anda*"- yevmiye numarası da almak suretiyle tescil talebini tapuya iletmektedir. TMK'nın 1013/1. maddesi gereğince tescil, tasarrufa

³⁹ Benzer bir hüküm TMDRSİUEHY'in 11/2. maddesinde, "Resmi senede, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şart yazılamaz" şeklinde ifade olunmuştur.

konu olan taşınmaz malikinin yazılı beyanı üzerine yapılır. Demek ki noter, düzenlediği taşınmaz satış sözleşmesine satıcının (aynı zamanda taşınmaz maliki veya onun yetkili temsilcisinin) sadece satışa yönelik iradesini değil; mülkiyet hakkının alıcının adına tescil edilmesine yönelik tescil talebini de dahil etmektedir.⁴⁰

Bu düzenlemeler karşısında noterin taşınmaz satışını sadece bozucu değil; geciktirici şarta bağlı olarak da düzenleyebilmesi mümkün görülmemektedir. Eğer taraf iradeleri, taşınmaz satış sözleşmesinin şarta bağlı olarak kurulması yönündeyse, noterin yapacağı aydınlatmada bunun mümkün olmadığını belirttikten sonra; onlara taşınmaz satış vaadi sözleşmesi kurulması halinde amaçladıklarına benzer sonuçlar elde etmelerinin mümkün olduğunu belirtmesi yerinde olacaktır. Son olarak NTSSY'nin 8/6. maddesi uyarınca taşınmaz satış sözleşmesinde silinti, kazıntı ve çıkıntı yapılamaz.

5. Sözleşmeyi Sisteme Kaydetmek

NK'nın 61/A/4. maddesi uyarınca noter, taşınmaz satış sözleşmesi taraflarca imzalandığı anda, tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası da alarak sözleşmeyi sisteme kaydeder. Ayrıca satış sözleşmesi ile diğer belgeler, noter tarafından sisteme aktarılır ve fiziki olarak arşivlenir.

Maddede sözleşmenin noter tarafından sisteme kaydedilmesinden sonra, tapu müdürlüğüne taşınmazın tapu siciline tescilinin sağlanacağı düzenlenmiştir. Ancak tescili gerçekleştirecek olan tapu memuru, noterin düzenlemiş olduğu satış sözleşmesinde, bu sözleşmeye eklenen tescil talebinde veya tescile dayanak teşkil eden başkaca bir hususta hukuka aykırılık olduğunu tespit edecek olursa, tescili yapmak-

⁴⁰ "Zira noterlere taşınmaz satış sözleşmesini yapma imkanı veren hükümde borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi, tapu uygulamasının etkisiyle iç içe girecek şekilde düzenlenmiş olduğundan ..." ve "... tapu müdürlüğünün şimdiki kadarki uygulaması Noterlik Kanununa da aktarılmış; borçlandırıcı işlemin (resmi senedin) içinde tek taraflı tasarruf işlemi olan tescil talebinin de yer alacağı kurgulanmıştır." ifadeleriyle aynı yönde bkz. Tanrıver/Ergüne, s. 148, 155. "Tescil talebini noterler almamaktadır; tapu bilişim sisteminden alınan yevmiye numarası ile tasarruf yetkisine sahip kişi tarafından tescil talebinde bulunulması gerekmektedir. Dolayısıyla tescil talebini alacak olan tapu sicil memurudur" ifadesiyle aksi yönde bkz. Akipek Öcal/Şen Doğramacı/Çağlayan Aygün, s. 217.

tan kaçınabilir. Aksi halde kusurlu olarak tescili yapan ve TMK'nun 1007/1. maddesi gereğince devlet tarafından tazminat ödenmesine neden olan görevliye aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca rücu edilebilmesi mümkündür.

Yasa koyucu NK'ya eklediği 61/A maddesiyle noteri sadece taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemekle yetkilendirmemiştir. Taşınmaz mülkiyetinin devrinde taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasını sağlayan yani tescile hukuki dayanak oluşturan hukuki işlemle tescil işlemi arasında bir de taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili olan malik (veya onun usulüne uygun şekilde yetkilendirdiği diğer kişiler) tarafından açıklanan bir "tescil talebi" bulunmaktadır. Aslında noter düzenlediği sözleşmeye mündemiç kılınmış tescil talebini de içeren sözleşmeyi tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası olarak bu sisteme kaydedeceği için, yapacağı bu işlemle birlikte taşınmazı satan kişiyi tapu müdürlüğünde tescil talebinde bulunmaktan da kurtarmaktadır. Sözleşmenin sisteme kaydından sonra tapu müdürlüğünce taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır.

Noter aydınlatmasına, sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte kendisi tarafından tapu bilişim sistemine yevmiye numarası da alınarak kaydedileceğini ve bunun sonucunda tapu müdürlüğünce yapılacak tescille birlikte taşınmazın mülkiyetinin alıcı tarafından kazanılacağını dahil etmelidir. Hatta NTSSY'nin 8/7. maddesinde yer verilen "Taraflara, sözleşme imzalandıktan sonra tescilin tamamlanmasını müteakip, noter tarafından tapu senedi verilir" hükmü gereğince, alıcıya satışı yapılan taşınmazın maliki olduğuna dair tapu senet örneğini de vermek suretiyle taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesine dair bütün görevlerini tamamlamış olmaktadır.

III. NOTERİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLALİNİN SONUÇLARI

Noterin aydınlatma yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi yerine getirmemesinin en muhtemel sonucu, tarafların özellikle de alıcının taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasına yönelik iradesinin serbestçe oluşamaması veya sakatlanmasıdır. Eğer noter taşınmaz satış sözleşmesi akdetmek amacıyla kendisine başvuran tarafları yeterince dinlemez, taraf iradelerini de dikkate alarak onları taşınmazın durumu ve

satış sözleşmesinin olası sonuçları hakkında aydınlatmaz ve onların beyanlarını değerlendirme süzgecinden geçirmeksizin belgelendirmek yolunu seçerse, bunun hem taşınmaz satış sözleşmesini ve buna dayalı olarak yapılan tescili sakatlaması hem de tarafların zarar görmesiyle sonuçlanması muhtemeldir.

Noter kendisine başvuran tarafların düzenlenmesini istedikleri taşınmaz satış sözleşmesi hakkında yaptığı aydınlatma sonucunda -taşınmaz üzerinde bulunan veya kanunlarda yer alan kısıtlamalar nedeniyle- tarafların (veya en azından birinin) gerçek iradelerinin olduğundan veya bu iradelerin birbiriyle örtüştüğünden şüphe ediyorsa, öncelikle bu şüphesini taraflarla paylaşmalıdır. Tarafların noterin şüphesini bertaraf edememeleri durumunda noter, bilgi ya da deneyim eksikliklerini gidermek için daha ayrıntılı veya ifadeleri değiştirilmiş bir aydınlatma yapabileceği gibi; bu çabanın faydasız olduğuna kanaat getirmesi durumunda, sözleşmeyi düzenlemekten de imtina edebilir.⁴¹

Bu sonuca NK'nın 61/A/6. ve NTSSY'nin 8/5. maddelerinde kaleme alınan "... satışa engel hukuki bir durumun varlığı halinde noterlerce satış işlemi gerçekleştirilmez" kuralından da ulaşılabilmektedir. Zira noter tarafından taşınmaz satışına dair taraf iradelerinin serbestçe olduğundan veya beyan edildiğinden ya da birbiriyle uyduğundan şüphe edilmesi *satışa engel hukuki bir durum* kapsamında değerlendirilmelidir. Başka bir ifadeyle *satışa engel hukuki durumlar* sadece sözleşmenin konusu olan taşınmazdan değil; sözleşmenin taraflarından da kaynaklanabilir.

A. Taşınmaz Satışına İlişkin Sonuçları

Noterin aydınlatma yükümlülüğünün ifasına yönelik davranışları sonucunda, taşınmaz satış sözleşmesinin alıcı ve satıcısının iradelerinin serbestçe oluşmaması, sakatlanması ve bu nedenle de taşınmaz satış sözleşmesinin geçersiz olması mümkündür. TMK'nın 1024/2. maddesinde yasa koyucu tarafından kullanılan "*Bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yol-*

⁴¹ Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s. 126; "Noter geçerli bir hukuki işlemin yapılmasını sağlamakla yükümlü olduğundan yapılmak istenen hukuki işlemin yokluk, askıda geçersizlik yahut iptal edilebilirlik gibi bir sakatlıkla malul olabileceği hallerde ilgililerin dikkatini çekmek zorundadır." Akil, s. 225.

suzdur” ifadesi karşısında, geçerli olarak kurulmayan bir taşınmaz satış sözleşmesi sonucunda yapılan tescilin de yolsuz olacağı sonucuna ulaşmak zor olmamaktadır.

Yolsuz tescilin eşya hukuku anlamında istenmeyen pek çok hukuki soruna ve taraflar arasında yeni uyuşmazlıklara sebep olması yüksek olasılıktadır. Bu sorunlardan ilki, taşınmaz satış sözleşmesinin alıcısının adına yolsuz bir tescil bulunsa bile taşınmazın maliki olamaması durumunda ortaya çıkar. Ayrıca aynı haklara hâkim olan inancın korunması ilkesi çerçevesinde TMK’nın 1023. maddesinde kabul edilen tapu siciline güven prensibi uyarınca iyi niyetli üçüncü kişilerin taşınmaz üzerinde aynı hak kazanma ihtimali de taşınmazın maliki açısından istenmeyen bir diğer sonuçtur.

Noter tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesinin geçersizliğinin, her durumda yolsuz tescil sonucunu doğuracağını söylemek doğru olmayacaktır. Bu noktada bir diğer ihtimal de tescili yapacak olan tapu memurunun satış sözleşmesindeki geçersizlik sebebini fark etmesi ve tescil işlemini gerçekleştirmemesidir. Örneğin malikinin taşınmazın üzerindeki tasarruf yetkisi TMK’nın 199/3. maddesi gereğince kaldırıldığı ve bu durum tapu siciline de şerh olunduğu halde, noterin bu taşınmazı konu alan bir satış sözleşmesi yapması durumunda, tapu memurunun ortada geçerli bir kazanma sebebi olmadığı gerekçesiyle tescili yapmaması mümkündür.

Hatta TMK’nın devletin tapu sicilin tutulmasından kaynaklanan tazminat yükümlülüğüne dair 1007/2. maddesi çerçevesinde, devlet tarafından karşılanan zararın kendisine de rücu edilebileceğini öngören bir tapu memurunun, noter tarafından düzenlenen bir taşınmaz satış sözleşmesinin geçerlilik şartlarını taşımadığını fark etmiş olması durumunda, tescili yapmaktan kaçınması gerekir.

B. Noterin Tazminat Sorumluluğu

Noterin tazminat sorumluluğu NK’nın 162/1. maddesinde “*Noterlerin Hukuki Sorumlulukları*” kenar başlığı altında “*Stajyer, kâtip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı so-*

rumludurlar” ifadesiyle düzenlenmiştir. Öğretide⁴² aksi yönde görüşler de bulunmakla birlikte; maddede düzenlenen sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu genel kabul görmüştür.⁴³ Notere kurtuluş kanıtı getirme olanağının tanınmamış olması,⁴⁴ söz konusu sorumluluğu ağırlaştırılmış özen (sebeup) sorumluluğu⁴⁵ haline getirmektedir.⁴⁶ Yar-

⁴² Noterin şahsen ifa ettiği yükümlülüklerden kaynaklanan zararların kusur sorumluluğu; buna karşılık çalışanlarının yerine getirmiş olduğu işlerden doğan zararların ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk gereğince tazmin edilmesi gerektiği hakkında bkz. Mehmet Ünal, “1512 Sayılı Noterlik Yasasınının 162. Maddesi (Noterin Hukuki Sorumluluğu)”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 101, Ankara 1999, s. 49; Ender Dedeoğlu, “Noterlerin Tazminat Hukuku Açısından Sorumluluğu”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 130, Ankara 2006, s. 95; Tekben, s. 111; Özdemir, s. 2321; Serdar Nart, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Özel Sayı, İzmir 2009, s. 429, 430. Yazar çalışanın kusuruna dayalı olmayan fiillerden kaynaklanan zararlardan da noterin sorumlu tutulmaması gerektiğini belirtmektedir. Nart, s. 432.

⁴³ Ulukapı, s. 215; Ulukapı/Atalı, s. 221; Tanrıver, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, s. 182-183; Tanrıver/Ergüne, s. 164; Özbek, s. 77; Kartal, s. 347, 349; Aslan Düzgün, s. 494; Ahmet Cemil Ünal, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Hukuki Sorumluluğuna Karşı Güvence”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, Ankara 2023, s. 236; Ersin Erdoğan, “Noterlerin Hazırlanmasına Katılmış Oldukları Senetler Sebebiyle Zarar Gören Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 1, Ankara 2016, s. 270; Yusuf Memiş, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 106, Ankara 2015, s. 93; Atilla İnan, “Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Sayıştay Dergisi*, S. 36, Ankara 2000, s. 31; Mustafa Kıcalıoğlu, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 2, S. 11, Ankara 2007, s. 137; Cemalettin Gürler, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2019, s. 134; Kurt, s. 91; Oktay Özdemir, s. 699; Okyar, s. 164; Özbek, s. 76, 78; Erdoğan Bilgili, s. 88; Çetin/Ateş, s. 280, 282; Batmaz, s. 46; Uluğ, s. 64.

⁴⁴ “Noterlik bir güven kurumudur. Buna paralel olarak noterlerin, ağır bir sorumluluğa tabi tutulması, kendilerine yüklenen işlerin önemi ve yanlış yapılmasından dolayı büyük zararların doğması tehlikesinin bulunması ve noterlik işlemlerinin sağlamlığı hususunda iş sahiplerine garanti verme gerekliliği düşüncesine dayanmaktadır.” YHGK, E. 2017/1518, K. 2020/139, T. 13.02.2020.

⁴⁵ Noterin kusursuz sorumluluğunun hem noterle işlem yapan hem de yapılan işlemde zarar gören kişiler açısından tehlike sorumluluğu esasına dayandığına yönelik görüş için bkz. Erdoğan, s. 274.

⁴⁶ Yargıtay konuya ilişkin bakış açısını “Bu sorumluluk adam çalıştırmanın sorumluluğuna benzemez. Zira adam çalıştırmanın sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirme imkânı sağlanmış iken, bu sorumlulukta kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır. Bu yönü itibarıyla ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünün ihlâlinden kaynaklanan sorumluluk olduğu sonucuna varılmaktadır. Noter gerekli özeni gösterdiğini iddia ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak gerekli özeni göstermiş olsa bile, zararın doğmasına engel olamayacağını ispat ederek sorum-

gıtay⁴⁷ da pek çok kararında noterin ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluğun süjesi olduğu yönünde hüküm kurmuştur.

Notere taşınmaz satış sözleşmesi düzenleme yetkisi tanınmasından sonra, sadece bu yetkinin kullanılması sonucunda doğan zararlar nedeniyle bir hüküm düzenlenmesine gerek duyulmuş ve NK'nın 162. maddesine "*Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de sorumludur. Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi halinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder. Notere karşı açılacak davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür*" ifadesiyle yeni bir fıkra eklenmiştir.

Eğer noter NK'nın 162/1-2. maddesi gereğince bir tazminat ödeyecek olursa; ödediği miktarı, işin yapılmaması veya hatalı ya da eksik yapılmasına sebep olan stajyere ve noterlik personeline NK'nın 162/3. maddesi gereğince rücu edebilir. Başka bir ifadeyle noterin stajyere ve

luluktan kurtulabilir. Noterin bir kamu hizmeti ifa ettiği de dikkate alınarak sorumluluğun belirlenmesinde normal bir insanın göstereceği özenli davranış değil, aynı işi üstlenen noterlik mesleğinde çalışan bir kişinin göstermesi gereken objektif davranış esas alınacaktır. Buradaki tazminat yükümlülüğü; sorumlu kişinin somut olaydaki bireysel davranışından daha çok onun toplum ve ekonomi içindeki durumu ile kanunun ona yüklediği ihtimam ve özen görevine bağlanmaktadır. Böylece toplum içinde bazı iş ve meslekler ile bazı gruplara ve kategorilere daha ağır bir sorumluluk yükletilmektedir." ifadesiyle açıklamaktadır. YHGK, E. 2017/3-994, K. 2018/1048, T. 09.05.2018.

⁴⁷ "Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde kusurdan söz edilmemiş olup, bu özel bir "kusursuz sorumluluk" türüdür. Bu sorumlulukta noterin çalıştırdığı kişilerin hatalı işlemlerinden de noter sorumludur. Sorumluluktan kurtulması için notere bir hukuki yol tanınmamıştır. Bu bakımdan 162. maddedeki düzenleme, ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk niteliğindedir. Tüm kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi zarar gören davacı, davalı noterin kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Zarar gören davacı yalnızca zararlar eylem arasındaki uygun illiyet bağına kanıtlamak zorundadır. Illiyet bağının kesildiği durumlarda kusursuz sorumlu olan kişi sorumlu tutulmayacaktır. Mücbir sebep, zarar görenin tam kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru ile illiyet bağı kesilir ve kusursuz sorumlu olan kişi sorumluluktan kurtulur. Buna göre noter, gerekli özeni gösterdiğini iddia ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak, gerekli özeni göstermiş olsa bile, zararın doğmasına engel olamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Bu husus nedensellik bağının kesilmesidir. Bunun ispatı da davalı notere aittir." Y 3. HD, E. 2015/9288, K. 2016/6891, T. 02.05.2016; YHGK, E. 2013/4-335, K. 2013/1654, T. 06.12.2013; YHGK, E. 2013/2329, K. 2015/1444, T. 27.05.2015; YHGK, E. 2017/3-994, K. 2018/1048, T. 09.05.2018; YHGK, E. 2017/1518, K. 2020/139, T. 13.02.2020.

noterlik personeline rücu edebilmesi için hem doğan zararı karşılamış olması hem de maddede anılan kişilerin kusurlu davranışlarıyla zarara sebebiyet vermeleri şarttır.⁴⁸ Ancak taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesi ve bu kapsamda yapılacak aydınlatmanın ifası NK'nun 61/A/5. maddesi gereğince bizzat noterin yapması gereken işlerden olduğundan, noterin stajyere ve noterlik personeline tazmin ettiği zararı rücu edebilmesi mümkün görülmemektedir.

Noterin tazminat sorumluluğuna dayalı olarak uğradığı zararın tazminini talep edebilecekler notere başvurarak onunla sözleşme ilişkisine girmiş olan kişiler olabileceği gibi; sadece noterin yaptığı iş veya işlemler nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişiler de olabilir.⁴⁹ Noterin tazminat sorumluluğuna maddi-manevi⁵⁰ ve doğrudan-dolaylı⁵¹ zararların tazmini için başvurulması mümkündür.

Bu hükmün TMK'nın 1007. maddesinde "*Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur*" ifadesiyle kaleme alınan Devletin kusursuz sorumluluğuyla bağlantı kurulmadan incelenebilmesi mümkün görülmemektedir. Devletin TMK'nın 1007. maddesi kapsamında sorumluluğundan söz edilebilmesi için, tapu siciline (tescil, terkin gibi bir işlemle) etki edilmesi ve zarara sebep olunması gerekir. NK'ya 61/A maddesi eklenmeden önce bu yönde bir işleme neden olabilecek sözleşmeler sadece tapudaki tescil işlemini de gerçekleştire-

⁴⁸ "Noterlerin yaptıkları hizmet dolayısıyla sorumlulukları, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde hüküm altına alınmış olup; stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile, noterlerin, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumlu oldukları, noterin, ödediği miktar için, işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajyer veya noterlik personeline rücu edebileceği hükme bağlanmıştır." Y 3. HD, E. 2015/9288, K. 2016/6891, T. 02.05.2016.

⁴⁹ "Hukuki güvenliği sağlamak amacıyla çeşitli belge ve işlemlere resmîyet kazandırmakla görevli kılınan noterlerin, yaptıkları işlemler sebebiyle bizzat işlemin tarafı olan kişiler zarar görebileceği gibi işlemin tarafı olmayan üçüncü kişiler de zarar görebilir." YHGK, E. 2013/2329, K. 2015/1444, T. 27.05.2015.

⁵⁰ Akipek Öcal/Şen Doğramacı/Çağlayan Aygün, s. 218; Oktay Özdemir, s. 705; Tanrıver/Ergüne, s. 169; Ulukapı, s. 224; Özdemir, s. 2324; Kurt, s. 99. Yargıtay da maddi zararların yanı sıra manevi zararların da -nedensellik bağı bulunması koşuluyla- noterin tazminat sorumluluğu kapsamında değerlendirilebileceğine hükmetmektedir. Y 4. HD, E. 2008/1699, K. 2008/13767, T. 10.11.2008.

⁵¹ Akipek Öcal/Şen Doğramacı/Çağlayan Aygün, s. 223; Oktay Özdemir, s. 705; Nart, s. 446; Kurt, s. 99; Ulukapı, s. 224; Özdemir, s. 2325; Başol, s. 169.

ren tapu müdür veya memurlarınca yapılabilirken; artık noter tarafından düzenlenen bir taşınmaz satış sözleşmesinin de tapu siciline tescil edilmek kaydıyla devletin sorumluluğuna yol açması mümkündür.

Bir diğer ifadeyle tapu sicilinin yolsuz tutulmasına ve kişilerin bundan zarar görmesine sebep olan hukuki işlem noter tarafından düzenlenen satış sözleşmesi olabilir. Ancak noter tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesinin, tapuya tescil edilmemesi halinde doğan zararların TMK'nın 1007. maddesi çerçevesinde tazmininin talep olunması mümkün değildir. Böyle bir durumda zarar görenin NK'nın 162. maddesine dayanarak uğradığı zararın tazminini, taşınmaz satış sözleşmesini düzenleyen noterden talep etmesi gerekir. Zira satış sözleşmesine dayalı olarak tescil yapılmamışsa devletin kusursuz sorumluluğu gündeme gelmeyecek; devlet de tazmin etmediği zararı notere rücu etmeyecektir.

Buna karşılık eğer noter tarafından düzenlenen ve hukuka aykırılık barındıran bir taşınmaz satış sözleşmesinin dayanak oluşturduğu tapu kaydı, zararın doğmasına sebep oluyorsa, bu zarardan devletle birlikte noter de sorumludur. NK'nın 162/2. maddesinde kullanılan *"Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de sorumludur"* ifadesinde tercih olunan *"de"* bağlacının bu sonuca ulaşmaya elverişli olduğu düşünülmektedir.⁵²

Bir diğer ifadeyle böyle bir durumda TBK'nın 61. maddesi kapsamında birden çok kişinin birlikte bir zarar sebep olmalarına ilişkin hükmün uygulanması yerinde görülmektedir. Fıkranın devamında yer verilen *"Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi halinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder"* cümlesi, zarar görenin uğradığı zararı noter yerine (veya noterle birlikte) devletten tazmin etmesi durumunda, devletin TBK'nın 62. maddesi çerçevesinde diğer müteselsil borçluya rücu etmesi kapsamında değerlendirilmeye uygundur.⁵³

⁵² Kanununun gerekçesinde kullanılan *"zarara uğrayanın, zararının tazmini için Devlete veya notere karşı dava açması mümkündür"* ifadesi de varılan bu sonucu desteklemektedir. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4484.pdf> (E. T. 03.03.2024)

⁵³ *"Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterlerin hukuki sorumluluğu, asli (birincil) nitelikte düzenlenmiştir. Yani TMK m. 1007 uyarınca Devletin sorumluluğunda olduğu gibi zarar görenin öncelikle Devlete başvurması ve zararı ödeyen Devletin sonra notere rücu etmesi öngörülmüştür... Bunun yanı sıra, Noterlik Kanunu m. 162/f. II hükmünün lafzı da önce*

Konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, taşınmaz satış sözleşmesi akdetmek için notere başvuran tarafların aydınlatılmak istemediklerini belirtmelerinin noterin tazminat sorumluluğuna etkisidir. Akil⁵⁴ noterin aydınlatma yükümlülüğünün temelinde kamu yararı olduğu düşüncesiyle tarafların bundan feragat edemeyeceklerini kabul etmektedir. Dolayısıyla ilgililerin aralarında anlaşmak suretiyle noteri bu yükümlülükten kurtarmaları kural olarak mümkün değildir.

Ancak tarafların yapılacak taşınmaz satış sözleşmesi ve sözleşmenin konusunu teşkil edecek taşınmaz hakkında yeterince bilgi sahibi olduklarını beyan etmeleri halinde -noterin tarafların bu yöndeki iradelerini de tutanak altına alması koşuluyla- aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmiş kabul edilemeyeceği düşünülmelidir. Ayrıca böyle bir durumda aydınlatma yükümlülüğünün ihlali gerekçesiyle notere yöneltilen tazminat davasında tarafların aydınlatmaya ilişkin davranışlarının zarar görenin kusuru olarak değerlendirilmesi ve nedensellik bağına kesecek derecede kabul edilemese bile noterin sorumluluğunu hafifletecek bir tazminattan indirim sebebi olarak nitelenmesi gerekir.

SONUÇ

Noterlerin kendilerine tanınan yetki ve beraberinde getirilen görevler sonucunda işlem güvenliği açısından taşıdıkları önemli rol, onların hukuki danışmanlık konumunu üstlenmeleri sonucunu doğurmuştur. Gerek söz konusu danışmanlık işlevleri gerekse görevlerini ifaları sırasında sebep oldukları zararlara ilişkin tabi kıldıkları sorumluluk rejimi, noterleri son derece geniş kapsamlı bir biçimde yürütmeleri gereken araştırma faaliyetinin yükümlüsü kılmaktadır. Ancak noterler sadece araştırma yapmakla değil; bu faaliyetlerinin sonucunda ulaştıkları sonuçları ve hukuki alanda sahip oldukları bilgileri de kendisine hukuki işlem yapmak amacıyla başvuran kişilere aktarmakla yükümlüdürler.

Devlete başvurma zorunluluğunu bertaraf edecek şekilde kaleme alınmıştır” ifadesiyle aynı yönde bkz. Tanrıver/Ergüne, s. 172. Ancak makalenin ortak yazarları arasında yer alan Tanrıver aksi yönde görüş bildirmektedir. Tanrıver/Ergüne, s. 173 vd.

⁵⁴ Akil, s. 223.

Noterin aydınlatma yükümlülüğü olarak isimlendirilebilecek bu görev, aynı zamanda noterin en yetkin hukuki güvenlik kurumu olmasının da temel hukuki sonuçlarından biri olarak nitelenebilir. Noterin aydınlatma yükümlülüğünün normatif dayanaklarına NK'nın 72. ve NKY'nin 91. maddelerinden ulaşılabilmesi mümkündür. Ayrıca noterle kendisine bir hukuki işlem yapma iradesiyle başvuran kişi arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulduğunun kabulü halinde, bu sözleşme ister vekalet veya vedia gibi isimli bir sözleşme ister isimsiz bir sözleşme olarak nitelensin, noterin sözleşmeye dayalı bir aydınlatma yükümlülüğünden de söz edilebilir.

Yasa koyucu tarafından NK'ya eklenen 61/A maddesiyle noterlere getirilen taşınmaz satış sözleşmesi düzenleme yetkisi, noterin aydınlatma yükümlülüğünün özel önem taşıdığı hallerden bir tanesidir. Ancak noterin taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesi sırasındaki aydınlatma yükümlülüğüne, Kanunda açıkça yer verilememiştir. Buna karşılık konuya ilişkin en açık hüküm, NTSSY'nin 8/3. maddesinde *"Taşınmaz üzerinde hak ve yükümlülükler varsa, bunlar hakkında taraflara bilgi verilir"* ifadesiyle düzenlenmiştir.

Noterler tarafından düzenlenecek taşınmaz satışında, noter akit taraflardan her ikisini de tarafsız davranarak satış sözleşmesinin hüküm ve sonuçları hakkında aydınlatmalıdır. Özellikle taşınmazın üzerinde sınırlı aynı hakların, şerh edilmiş sınırlamaların veya taşınmaz mülkiyetine dair başka kısıtlamaların bulunduğu durumlarda söz konusu aydınlatma faaliyeti -özellikle alıcı açısından- daha da önem kazanmaktadır.

NTSSY'nin 8/3. maddesinde noterin aydınlatma yükümlülüğü düzenlenirken sadece *taşınmaz üzerindeki hak ve yükümlülüklerden* söz edilmiş olmakla birlikte; çoğu kez tarafların gerçek iradelerinin oluşması, anlaşılması ve resmi şekle dahil edilebilmesi için, noterin bundan daha fazlasını kapsayacak bir aydınlatma yapması gerekir. Bu konuda uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların önlenmesi amacıyla noterin tarafları aydınlatma yükümlülüğünün NK'ya eklenmesinin fayda sağlayacağı düşünülmektedir.

Yasa koyucu tarafında yapılacak bu ekleme, noterin görevlerine ilişkin genel hükümlere yapılabileceği gibi; taşınmaz satışına ilişkin 61/A maddesine sadece bu konuyla sınırlı olmak üzere de yapılabilir.

Böylece noterin kendisine başvuran kişilerin hukuki işleme dair gerçek iradelerini araştırmak ve bu iradeleri belgelemek, hukuki işlemin taşıdığı anlam, önem ve sonuçları hakkında kişileri aydınlatmak konusunda yasal bir dayanağın daha az tartışmaya yer verecek şekilde kaleme alınması sağlanmış olur.

Kaynakça

Kitaplar

- Antalya Gökhan, Elektronik Tapu Sicili, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019. (Elektronik)
- Antalya Gökhan ve Murat Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/I. B. 4, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Aydoğdu Murat ve Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B. 5, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Başol Gülten, Noterlik Hukuku & Tebligat Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Batmaz Mehmet Orhan, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Çetin Süleyman ve Derya Ateş, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, B. 5, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 7, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 5, Filiz Kitabevi İstanbul 2020.
- Gürler Cemalettin, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2019.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Eşya Hukuku, Turhan Yayınevi, Ankara 2021. (Eşya)
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 3, Turhan Yayınevi, Ankara 2021. (Borçlar)
- Oğuzman Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, B. 23, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- Özbek Mustafa Serdar, Noter Senetlerinde Sahtelik, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Sarı Suat, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2004.
- Sirmen Lale, Eşya Hukuku, B. 7, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Tanrıver Süha, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2023. (Avukatlık ve Noterlik Hukuku)
- Uluğ Ali Sedat, Noterin Noterlik Hizmetinden Doğan Hukuki Sorumluluğu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011.
- Ulukapı Ömer ve Murat Atalı, Noterlik Hukuku, B. 3, Mimoza Yayıncılık, Konya 2013.
- Ülker İbrahim, Osmanlı Noterlik Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Makaleler

- Akil Cenk, "Noterin İlgilileri Aydınlatma Yükümlülüğü", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, Ankara 2012, s. 217-233.
- Akipek Öcal Şebnem, Hayriye Şen Doğramacı ve Gözde Çağlayan Aygün, "Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi Üzerine Bir Değerlendirme", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, Eskişehir 2023, s. 203-241.
- Antalya Gökhan, "Eşya Hukukuna Hâkim İlkelerden Aleniyet İlkesi", *MÜHF-HAD*, Bülent Tahiroğlu'na Armağan, C. 23, S. 3, İstanbul 2017, s. 419-440. (Aleniyet)
- Aslan Düzgün Ülgen, "Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 2, Ankara 2013, s. 491-512.
- Atabek Reşat, "Noter Mali Sorumluluk Sigortası", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 3, Ankara 1974, s. 16-20.
- Dedeğaç Ender, "Noterlerin Tazminat Hukuku Açısından Sorumluluğu", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 130, Ankara 2006, s. 92-98.
- Erdoğan Ersin, "Noterlerin Hazırlanmasına Katılmış Oldukları Senetler Sebebiyle Zarar Gören Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 1, Ankara 2016, s. 255-282.
- Erdoğan Bilgili Bahar, "Noterin Hukuki Statüsü ve Hukuki Sorumluluğu Sorunu", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, C. 8, S.1, Ankara 2023, s. 71-105.
- İnan Atilla, "Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Sayıştay Dergisi*, S. 36, Ankara 2000, s. 25-35.
- Kartal Bilal, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk", *Yargıtay Dergisi*, C. 24, S. 3, Ankara 1998, s. 340-355.
- Kıcalıoğlu Mustafa, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 2, S. 11, Ankara 2007, s. 131-145.
- Köse Yasin, "Avukatın Aydınlatma Yükümlülüğü", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 45, Ankara 2021, s. 29-52.
- Kurt Leyla Müjde, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 2, Ankara 2014, s. 85-118.
- Memiş Yusuf, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 106, Ankara 2015, s. 92-127.
- Nart Serdar, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Özel Sayı, İzmir 2009, s. 425-452.
- Oktay Özdemir Saibe, "Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları", *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, Alkım Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 693-714.
- Okyar Dila, "Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenleme Yetkisi Verilmesi Çerçevesinde Noterin Hukuki Sorumluluğunun Niteliğine Yeniden Bakış", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 1, Ankara 2024, s. 153-181.
- Ozanoğlu Hasan Seçkin, "Gayrimenkul Devrine Yönelik İşlemlerde Noterlerin Rolü", *90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2017, s. 389-398.

- Örsten Esirgen Seda, "Osmanlıdan Cumhuriyete Noterliğin Gelişimi", *I. Uluslararası Türk Hukuk Tarihi Kongresi*, İstanbul 2016, s. 49-86.
- Özdemir Gençer, "Çalıntı Motorlu Araçların Satışında Noterin Hukuki Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, Konya 2021, s. 2309-2346.
- Özmen Etem Saba, "Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, Ankara 2022, s. 501-540.
- Tanrıver Süha, "Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nın Getirdikleri", *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağan*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 577-597. (Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik)
- Tanrıver Süha, "Bir Hukuki Güvenlik Kurumu Olarak Noterlik ve Noterlerin Denetimi Üzerine Bazı Düşünceler", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, C. 8, S. Özel, 2013, s. 2599-2606. (Noterlerin Denetimi)
- Tanrıver Süha, "Noterler Tarafından Elektronik Ortamda Yapılabilecek olan İşlemler ve Bu İşlemlerin Gerçekleştirilmesi Usulü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, Ankara 2016, s. 3677-3686. (Elektronik Ortam)
- Tanrıver Süha, "Noterlerin Danışmanlık İşlevi", *90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2017, s. 383-388. (Danışmanlık)
- Tanrıver Süha ve Mehmet Serkan Ergüne, "Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 72, S. 1, Ankara 2023, s. 143-82.
- Tekben Tuğçe, "Noterin Hukuki Statüsü ve Noterlik Kanunu'nun 162. Maddesi Uyarınca Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme", *İzmir Barosu Dergisi*, S. 3, İzmir 2021, s. 69-150.
- Topçuoğlu Metin, "Noter ile İş Sahibi (İlgili) Arasındaki İlişkinin Niteliği", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 20, S. 4, Ankara 2000, s. 191-213.
- Ulukapı Ömer, "Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 21, Konya 2013, s. 209-241.
- Ünal Ahmet Cemil, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Hukuki Sorumluluğuna Karşı Güvence", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, Ankara 2023, s. 233-254. (Güvence)
- Ünal Mehmet, "1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi (Noterin Hukuki Sorumluluğu)", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 101, Ankara 1999, s. 48-53. (NK 162)
- Yakuppur Sendi, "Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterlerde Yapılabilmeye Olanak Tanyan Yeni Düzenleme ve Mevcut Duruma Etkileri", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, İstanbul 2022, s. 649-665.

PSİKOLOJİK BOZUKLUKLARIN TEDAVİSİNDE AYDINLATILMIŞ ONAM

INFORMED CONSENT IN THE TREATMENT OF PSYCHOLOGICAL DISORDERS

Alper KÜÇÜKAY*
Burcu KÜÇÜKAY**

Özet: Aydınlatılmış onam tıp hukuku alanında, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bir güvencesi olarak görülen bir kavramdır. Aydınlatma diğer bir deyişle de bilgilendirme, geçerli bir rızanın önkoşulu niteliğindedir. Aydınlatmaya dayanmayan rıza ise tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmemektedir. Bununla birlikte aydınlatılmış onam, tıbbi müdahalelerde kişilerin kendisine söz hakkı verilmesi, kendi fikirlerini ortaya koyması ve kendi geleceklerini tayin etmesi olarak da değerlendirilmektedir. Açık ve aydınlatılmış onam, anlamlı bilgi ve anlayışın yanı sıra aktif bir karar verme sürecini de gerektiren bir onay türü olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda aydınlatılmış onamın, psikolojik bozukluğa sahip kişinin tedavi ve terapi görme süreci boyunca ayrı bir önem taşıdığı düşünülmektedir. Bilhassa kendisi hakkında karar verme, verdiği kararlarını sonucu hakkında değerlendirme yapabilme gibi zihinsel yeterlilikleri gösterme konularında aydınlatılmış onamın nasıl yapılacağı ise kritik önem taşımaktadır. Akıl sağlığı, ruhsal bütünlük ve karar verme gibi ağırlıklı olarak kişinin bilinci ile ilgili olan kavramlar doğal olarak psikolojik anlamda aydınlatılmış onamın ne kadar önemli olduğuna işaret etmektedir. Bu kavramlarla birlikte bu makalede acil psikiyatrik, psikolojik ve kritik birtakım durumların aydınlatılmış onamın alınmasını nasıl etkilediği üzerinde durulmaya çalışılacaktır. Bu bakımdan aydınlatılmış onam kavramının, hukuk ile bir bilim olarak psikolojinin derinliklerinde keşif bir noktada yer aldığı düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Aydınlatılmış Onam, Akıl Sağlığı, Psikolojik Bozukluklar, Psikolojik Tedaviler

* Psikolog, ODTÜ Sağlık Kültür ve Spor Daire Başkanlığı, alperk@metu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0040-8869

** Hâkim, Yargıtay Başkanlığı, burcubarak@hotmail.com, ORCID: 0009-0001-0748-3530, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.02.2024, Kabul Tarihi: 03.04.2024

Abstract: Informed consent is a concept in the field of medical law that is seen as a guarantee of the patient's right to determine his own future. Information, in other words, clarification, is a prerequisite for valid consent. Consent that is not based on information does not make medical intervention legal. However, informed consent is also considered as giving people the right to have a say in medical interventions, to express their own opinions, and to determine their own future. Explicit and informed consent is considered a type of consent that requires meaningful knowledge and understanding as well as an active decision-making process. In this context,

informed consent is thought to be of particular importance throughout the treatment and therapy process of a person with a psychological disorder. How to provide informed consent is of critical importance, especially in terms of demonstrating mental competencies such as making decisions about oneself and being able to evaluate the consequences of one's decisions. Concepts that are predominantly related to the person's consciousness, such as mental health, spiritual integrity, and decision-making, naturally point to the importance of informed consent in a psychological sense. Along with these concepts, this article will try to focus on how some urgent psychiatric, psychological, and critical situations affect the obtaining of informed consent. In this respect, the concept of informed consent is thought to be located at a point where law intersects deep within psychology as a science.

Keywords: Informed Consent, Mental Health, Psychological Disorders, Psychological Treatments

GİRİŞ

“Ruh sağlığı hizmeti”, bir kişinin zihinsel durumunun analizini, teşhisini ve bir ruh hastalığı veya şüphelenilen bir ruh hastalığı için tedavi, bakım ve rehabilitasyonu içermektedir. “Ruh sağlığı çalışanı” bir tıp doktoru (hekim), klinik psikolog veya ruh sağlığı bakımıyla ilgili özel becerilere sahip, uygun şekilde eğitilmiş ve nitelikli diğer kişi anlamına gelmektedir. Psikiyatri bağlamında “hasta”, ruh sağlığı tedavisi alan kişi olarak tanımlanmakta veya bir ruh sağlığı merkezine¹ kabul edilen tüm kişileri kapsamaktadır.²

¹ Ruh sağlığı ve hastalıkları hastanesi, kliniği veya merkezi anlamında kullanılmıştır.

² United Nations General Assembly Resolution (BM Genel Kurul Kararı) 46/119 (BM 46/119 sayılı Genel Kurul Kararı). (1991). Principles for the protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/principles-protection-persons-mental-illness-and-improvement#:~:text=to%20the%20patient,-5.,be%20given%20without%20informed%20consent.> Erişim tarihi: 02.11.2023.

Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu 46/119 sayılı kararına göre: Herkes, sağlık ve sosyal bakım sisteminin bir parçası olarak, mevcut en iyi akıl sağlığı tedavi ve bakımına ulaşma hakkına sahip olup akıl hastalığı olan ve tedavi gören herkese insani bir şekilde ve insanın doğuştan gelen onuruna saygı gösterilerek davranılması gerekmektedir. Akıl hastası olan veya bu şekilde tedavi gören herkes, ekonomik, cinsel ve diğer türden sömürüye, fiziksel veya diğer istismara ve aşağılayıcı muameleye karşı korunma hakkına sahiptir.³

Bir kişinin akıl hastalığı nedeniyle hukuki ehliyetinin bulunmadığına ve bu tür bir ehliyetsizlik sonucunda kişisel bir temsilcinin atanmasına ilişkin kararlar, yalnızca iç hukuka göre kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir yargılama sonrasında verilmelidir. Mahkeme tarafından, akıl hastalığı olan bir kişinin kendi işlerini yürütmeyeceği tespit edilirse, bu kişinin menfaatlerinin korunmasını sağlamak için gerekli ve bu kişinin durumuna uygun önlemler de alınacaktır.⁴

Aydınlatılmış onam kavramına ise hasta hakları bağlamında, hastanın kendi bedeni üzerinde uygulanacak girişim konusunda karar verme hakkı olarak atıf yapılmaktadır. Onam kavramının belirleyici ve bağlayıcı olması ise insan hakları bağlamında hastanın bedensel ve ruhsal bütünlüğüne uygulanacak her türlü girişim sürecinde kendi özgür iradesini ile buna rıza gösterme kararını ortaya koymasındır.⁵ Hastanın kendi vücudu üzerindeki hakları, tıbbi müdahalenin, ancak hastanın rızasıyla yapılabilmesini gerekli kılar.⁶ Karar verme işlemi kişinin bilinçli ve istemli olarak yaptığı bilişsel bir davranıştır. Bellekte depolanmış olan bilgiler kodlanır, özümser, yeniden organize edilerek zenginleştirilir, zaman içinde değiştirilebilir ve farklı bilinç düzeylerinde işlemlere tabi tutularak meydana gelir. Daha sonra gerektiğinde bilgiler bellekten geri çağrılarak tekrar kullanılır.⁷

³ BM 46/119 sayılı Genel Kurul Kararı, 1-2-3'üncü maddeler.

⁴ BM 46/119 sayılı Genel Kurul Kararı, 6-7'inci maddeler.

⁵ Yasemin Oğuz, "Psikiyatride Onam ve Aydınlatılmış Onam", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara 1994, s. 1-2.

⁶ Hakan Hakeri, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri", Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 15.

⁷ Alper Küçükay, "Karar Vermenin Psikolojisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 9 Ankara 2018, Sayı 35, s. 611-612.

Bu bağlamda aydınlatılmış onamın, psikolojik bozukluğa sahip kişinin tedavi ve terapi görme süreci boyunca ayrı bir önem taşıdığı düşünülmektedir. Akıl sağlığı, ruhsal bütünlük ve karar verme gibi ağırlıklı olarak kişinin bilinci ile ilgili olan kavramlar doğal olarak psikolojik anlamda aydınlatılmış onamın ne kadar önemli olduğuna işaret etmektedir. Bu kavramlarla birlikte bu makalede acil psikiyatrik, psikolojik ve kritik birtakım durumların aydınlatılmış onamın alınmasını nasıl etkilediği üzerinde durulmaya çalışılacaktır. Bu bakımdan aydınlatılmış onam kavramının, hukuk ile bir bilim olarak psikolojinin derinliklerinde kesişen bir noktada yer aldığı düşünülmektedir.

I. AYDINLATILMIŞ ONAM

Aydınlatılmış onam tıp hukuku alanında, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bir güvencesi olarak görülen bir kavramdır. Aydınlatma diğer bir deyişle de bilgilendirme, geçerli bir rızanın önkoşulu niteliğindedir. Aydınlatmaya dayanmayan rıza ise tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmemektedir.⁸

Hukuki anlamda ilgili kişinin rızası, bir kimsenin, başka kişiye ait hak ya da menfaati zarara uğratma ya da tehlikeye koyma şeklindeki suç teşkil edebilecek fiilinin, (kanundaki şartları taşımak şartıyla) gösterilen rıza nedeniyle hukuka uygun kabul edilmesi ve bu nedenle cezalandırılmaması şeklinde tarif edilmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 26/2'nci maddesinde hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan "ilgilinin rızası" hükmüne yer verilmiştir.⁹ Yine Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24-31'inci maddeleri ile Hekim Etiği Yönetmeliği'nin 26'ncı maddesinde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70'inci maddesinde de rıza şartı tedavinin bir ön koşulu olarak benimsenmiştir. Özellikle iç hukukun bir parçası haline gelen Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nde aydınlatma konusunda düzenleme getirilmiş ve bu aydınlatma kapsamının her somut olayın (ya da teşhis veya tedavi ve süreçle ilgili bilgilendirmenin) koşullarına uygun olması ve hastanın bu tedaviden kaçınmasını sağlayacak derecede ol-

⁸ Burcu G. Özcan Büyüktanır/Dila Okyar, Tıp Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2023, s. 73-74.

⁹ Yargıtay Ceza Kurulu Kararı, 2020/14-420 E., 2021/277 K., 15.06.2021 T.

maması, gerekli ve yeterli derecede olması ve anlaşılır biçimde olması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bunlara ek olarak alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alınması durumunda ise Yargıtay tarafından geçersiz olarak görülmektedir.¹⁰

Etik açıdan bakıldığında, aydınlatılmış onam, hastanın tıbbi tedavi ve bakımı kabul etme veya reddetme konusunda bilinçli ve gönüllü kararlar vermesine olanak sağlanan bir iletişim sürecidir. Aynı zamanda, aydınlatılmış onamın önemli hukuki yönleri de bulunmaktadır. Bilinci kapalı kişilerin onam ya da rıza açıklamaları mümkün olmadığından bu durumdaki kişilerin rıza ehliyetlerinin varlığından da söz edilemez.¹¹

Psikologlar anlaşmazlıkların çözümüne yardımcı olacak kural ve prosedürlerin bağımsız denetimlerini de gerçekleştirebilecek uzmanlardır. Kişilerin etik durumunu değerlendirebilecek ve nasıl uyum sağlanacağı konusunda tavsiyelerde bulunabilecek bir konumda bulunmaktadırlar. Aynı zamanda gerektiğinde mahkemelerde duruşmalarda da yardımcı olabilecek profesyonellerdir.¹² Etik, bu bağlamda aydınlatılmış onam süreci için vazgeçilmez bir ön koşul olarak nitelendirilecektir.

Aydınlatılmış onamın birincil etik temeli, kişisel özerkliğe ve/veya kendi kaderini tayin etme hakkına saygı ilkesidir. Bu ilke, herkesin kendi yaşam gündemini belirleme ve kendi değerlerine ve inanç sistemine dayalı olarak kendi seçimlerini yapma özgürlüğüne izin verilerek korunan, herkesin doğuştan gelen bir değere ve haysiyete sahip olduğu inancına dayanmaktadır.¹³

Özerkliğe saygının etik değeri, yararlılık (en iyi çıkarlar doğrultusunda hareket etmek), zarar vermemek ve adalet (sağlık kaynaklarının adil dağıtım) gibi diğer tıbbi ve hukuki bir takım etik değerlerle çatış-

¹⁰ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Kararı, 2022/4339 E., 2023/3216 K., 10.10.2023 T.

¹¹ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2012, s. 309.

¹² Ronald D. Francis, Ethics for Psychologists, 2nd edn British Psychological Society/Blackwell Publishing, United Kingdom 2009, s. 108-109.

¹³ Grainne Neilson/Gary Chaimowitz, "Informed Consent to Treatment in Psychiatry", *Canadian Journal Psychiatry*, 2015, Vol. 60, No. 4. s. 1-11.

tığında bazı zorluklar ortaya çıkabilmektedir.¹⁴ Kişinin yararına, iyiliğine ve adalete hizmet eden eylemler tıbbi etik ilkeleri de ihlal etmeyeceği düşünülse de bir kişinin (hastanın) özerkliğine ve/veya kendi kaderini tayin etme hakkına yönelik herhangi bir ihlal olmaması adına her zaman özel bir dikkat ve yaklaşım sergilenmesi gerekmektedir.

Temel olarak kişinin varlığını ve gelişimini koruma altına almak aynı zamanda insan onurunu da güvence altına almak olarak da düşünülmektedir. Bu açıdan aydınlatılmış onam hem insan onurunun hem de kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi hakkının da bir gereği olarak görülmektedir. Aydınlatılmış onam, tıbbi müdahalelerde kişilerin kendisine söz hakkı verilmesi, kendi fikirlerini ortaya koyması ve kendi geleceklerini tayin etmesi olarak da değerlendirilmektedir.¹⁵

Açık ve aydınlatılmış onam, anlamlı bilgi ve anlayışın yanı sıra aktif bir karar verme sürecini de gerektiren bir onay türü olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, zımni rıza pasif veya sessiz bir şekilde ifade edilir ve aktif zihinsel müzakerenin eksik olduğu pasif bir süreci ifade etmektedir. Aydınlatılmış onamın bir istisnası, bir hastanın bu onamı verme hakkından etkili bir şekilde feragat etmesi durumunda ortaya çıkarması, bilinçli bir karar için gerekli bilgileri dikkate almayı reddetmek veya herhangi bir karar almayı tamamen reddetmek şeklinde olabilir.¹⁶

Onam süreci, ilgili bilgilerin yeterli şekilde açıklanmasını kolaylaştıran ve önerilen tedavilerin göreceli olarak yararlarının ve makul alternatiflerinin uygun şekilde anlaşılmasını teşvik eden bir diyalogu gerektirir. Açık rıza ise hekim ile hasta arasındaki ilk temas anında başlayan ve tedavi ilişkisi süresince devam eden anlamlı bir bilgi alışverişini gerektiren bir süreç olarak açıklanmaktadır. Onam prosedürü, bu sürecin bir onam formu veya onay isteğinin uygun bir şekilde belirlenmesi yoluyla kayıt altına alınmasıdır. Rızaya ilişkin bu belge, belirli bir andaki rıza prosedürünün kanıtından başka bir şey değildir.¹⁷

¹⁴ Neilson/Chaimowitz, s. 3.

¹⁵ Zeynep Günler, İnsan Hakları Açısından Aydınlatılmış Onam, 1th edn. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 58-59.

¹⁶ Neilson/Chaimowitz, s. 4.

¹⁷ Neilson/Chaimowitz, s. 4.

Ayrıca, aydınlatılmış onamdan söz etmek için hekim ile hasta arasındaki güvene dayalı ilişkiden de bahsetmek gerekmektedir. Hasta tarafında, hekime güvenmek ve kendi tedavisi ile ilgili olarak kendi kararlarını alabilme konusunda yeterli olmak önemlidir. Bunun yanı sıra hekim açısından da tıbbi tedavi ve müdahalelere ilişkin bilginin anlaşılır şekilde açıklanması da zorunlu olarak görülmektedir.¹⁸

II. HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hukuki açıdan bakıldığında her tıbbi müdahale kişinin vücut bütünlüğünün ihlali anlamını taşıyabilecektir. Hukuken hüküm ifade eden bir rızaya dayalı olmayan ya da yasal olarak yetki verilmiş zorunlu tıbbi müdahaleler gibi diğer hukuksal haklılık sebeplerine dayanmayan tıbbi müdahaleler, kişinin hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğüne müdahale olarak değerlendirildikleri için, hukuka aykırı bir nitelik taşımaktadırlar. Bu noktada hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğü, hastanın bedensel ve ruhsal bütünlüğü ile ilgili olarak özgür bir biçimde karar almasını temin etme fonksiyonu olarak görülmektedir. Aydınlatma yükümlülüğü hekimin hastaya tıbbi müdahalesinin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran ve aynı zamanda hastanın müdahaleye rıza göstermesinin bir önkoşulu niteliği olarak görülmektedir. Hasta aydınlatılmalıdır ki aydınlatılma sonrasında, tıbbi tedavinin planlanması ve uygulanması bakımından serbestçe ve durumun gerektirdiği gibi bir karar verebilecek duruma gelebilmiş olması amaçlanmaktadır.¹⁹

Tıbbi olarak aydınlatılmış onam, hekim ve hasta arasında, hastanın özel değerlendirme, teşhis, tedavi ve tedbirlerinden geçmeyi kabul ettiği ve hekimin uzmanlık, deneyim ve mesleki becerilerini her iki tarafça belirlenen sınırlamalar dâhilinde kullanmayı taahhüt ettiği bir sözleşme düzenlemesine benzetilmektedir.²⁰ Hastanın hayatı ve sağlığını kurtarma amacına yönelik her türlü tıbbi müdahale, hastanın kendi onamına, rızasına dayanıyorsa, rıza müdahalesinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır.²¹

¹⁸ Oğuz, s. 9.

¹⁹ Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 52, S. 3, s. 60.

²⁰ Neilson/Chaimowitz, s. 3.

²¹ Ozanoğlu, s. 61.

Bazı özel nitelikli düzenlemelerde de hekimin aydınlatma yükümlülüğü ile rızanın hukuksal dayanaklarını bulmak mümkündür. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70'inci maddesinde bütün tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının alınması gerektiği açık bir şekilde ifade edilmektedir.²² Hekimin aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili bir farklı bir düzenleme de Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi gerektiği belirtilmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünün rızanın bir koşulu olması ve bu bağlamda ülkemiz hukukunda yasal dayanaklarının da mevcut düzenlemelerle yapılmıştır.²³ Bunlarla birlikte Hasta Hakları Yönetmeliği 18'inci maddede 2'inci fıkrasına göre: "Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir." Aynı yönetmeliğe göre, bilgi mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer vermeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilmelidir.

Esas olarak hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir.

Fiziksel hastalığı olan kişilerde olduğu gibi psikolojik bozukluğu olan kişilerde de durumu kavrayıcı, empatik ve destekleyici, uygun psikolojik bir yaklaşımda bulunulması tavsiye edilmektedir. Hekim

²² Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 1219, Kabul Tarihi: 11.4.1928, RG 14.4.1928/863, madde 70: "Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahti hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatini alırlar. Büyük ameliye cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir)."

²³ Ozanoğlu, s. 62.

hasta ilişkisinde iletişim, ilişki tarzı ve bilgilendirmenin en önemli aşamalardan birisi olduğu belirtilmektedir. Hekim açıklayıcı, yardım edici, gerçekçi, güven telkin edici ve yol gösterici biçimde davranmalıdır.²⁴ Bu yaklaşımlar hekimin aydınlatma konusunda işini kolaylaştıracak psikolojik görüşme teknikleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Aydınlatma, hekim açısından bir yükümlülük iken hasta açısından ise bir hak olarak ifade edilmektedir. Bu bakımdan hekimin aydınlatma yükümlülüğü, hekim tarafından yerine getirilen bir süreç olarak amacı, konusu ve nasıl bir aydınlatma olacağına belirlenmesi de önem taşımaktadır. Hastanın bilgilendirilmesine dayanmayan bir onamın hukuken geçerli sayılmasının mümkün olmayacağı vurgulanmaktadır.²⁵

III. PSİKOLOJİK BOZUKLUKLAR VE AKIL HASTALIKLARI

BM Genel Kurulu 46/119 sayılı kararı 4'üncü maddesine göre Akıl hastalığının belirlenmesi kısaca şöyle tarif edilmektedir: Bir kişinin akıl hastalığına sahip olduğunun tespiti, uluslararası kabul görmüş tıbbi standartlara uygun olarak yapılacaktır. Hasta olarak geçmişte tedavi görmüş veya hastaneye kaldırılmış olmak, tek başına mevcut veya gelecekteki herhangi bir akıl hastalığı tespitinde yeterli sayılmaktadır. Doğrudan akıl hastalığı veya akıl hastalığının sonuçlarıyla ilgili amaçlar dışında, hiçbir kişi veya otorite bir kişiyi akıl hastalığına sahip olarak sınıflandıramaz veya başka bir şekilde bir kişinin akıl hastalığına sahip olduğunu belirtmez.²⁶ Buna ek olarak "Hiç kimse, iç hukukun izin verdiği prosedüre uygun olmadıkça, akıl hastalığının olup olmadığını belirlenmesi amacıyla tıbbi muayeneye tabi tutulmaya zorlanamaz"²⁷ düzenlemeleri yapılmıştır.

Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ), sağlığı yalnızca hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, fiziksel, zihinsel ve sosyal açıdan tam bir iyilik hali ola-

²⁴ Şahabettin Çetin/Gülfizar Sözeri Varma, "Fiziksel Hastalıklarda Ruhsal Tepkiler ve Psikiyatrik görüşme" in Hayriye Elbi/Can Cimilli/Özen Ö. Sertöz/Çağatay Karşıdağ ve Gülfizar Sözeri Varma (Yayına Hazırlayanlar), Konsültasyon Liyezon Psikiyatrisi, Cilt-1, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, Ankara 2019, s. 25.

²⁵ İlhan Subaşı, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Aydınlatılmış Onam, Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 173.

²⁶ BM 46/119 sayılı Genel Kurul Kararı, 4'üncü madde.

²⁷ BM 46/119 sayılı Genel Kurul Kararı, 5'inci madde.

rak tanımlarken, sağlığın bileşenleri konusunda da önemli bir anlayış sergilemiş durumdadır. Aslında hem zihinsel hem de fiziksel sağlık, biyolojik, psikolojik ve sosyal faktörlerin birleşiminden etkilenmektedir. Biyopsikososyal model, sağlık ve hastalığı biyolojik faktörlerin (genetik, biyokimyasal vb.), psikolojik faktörlerin (ruh hali, kişilik, davranış vb.) ve sosyal faktörlerin (kültürel, ailesel, sosyoekonomik, tıbbi vb.) karmaşık bir etkileşimi olarak tanımlamaktadır.²⁸ DSÖ'ye göre, dünyadaki her 8 kişiden 1'i bir psikolojik bozuklukla yaşadığı açıklanmıştır. Psikolojik bozuklukların kişinin bilişinde, duygusal düzenlenmesinde veya davranışında klinik olarak anlamlı bir rahatsızlıkla karakterize ve önemli işlevsellik alanlarında sıkıntı veya problemlerle ilişkili olduğu ifade edilmektedir. Pek çok farklı psikolojik bozukluk türü vardır. Psikolojik bozukluklar aynı zamanda olumsuz zihinsel sağlık koşulları olarak da adlandırılabilir. 2019 yılında dünya çapında her 8 kişiden 1'i, yani yaklaşık 970 milyon insan, en çok rastlanılan anksiyete ve depresif bozukluklar olmak üzere, bir psikolojik bozuklukla yaşadığı, 2020 yılı itibariyle, COVID-19 salgını nedeniyle anksiyete ve depresif bozukluklarıyla yaşayan insanların sayısı önemli ölçüde artış gösterdiği belirtilmiştir. İlk tahminlere göre, yalnızca bir yıl içinde anksiyete ve majör depresif bozukluklarda sırasıyla %26 ve %28'lik bir artış olduğunu göstermektedir. Etkili önleme ve tedavi seçenekleri mevcut olsa da psikolojik bozukluğu olan çoğu kişinin etkili tedavi ve bakıma erişimi bulunmamaktadır. Pek çok kişi aynı zamanda tedavi ve bakım nedeniyle damgalanmaya, ayrımcılığa ve insan hakları ihlallerine de maruz kalmaktadır.²⁹

Psikolojik bozuklukların tanımlanması, teşhisi ve sınıflandırılması da ayrı bir önem taşımaktadır. Uluslararası Hastalık Sınıflandırması (ICD)³⁰, yatan hasta ve ayakta tedavi kayıtlarından, doktor muayenehanelerinden ve çoğu Ulusal Sağlık İstatistik Merkezi (NCHS) araştırmasından elde edilen morbidite verilerini kodlamak ve sınıflandırmak

²⁸ Ashraf Kagee/Melvin Freeman, Mental health and physical health, International Encyclopedia of Public Health, 3rd Edition, Elsevier Inc. 2023, s. 2-9.

²⁹ Mental Disorders, World Health Organization, https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders/?gclid=EAIaIQobChMI1aXP3d2zggMVVPh3Ch0gfQ1vEAAAYASAAEgIpsfD_BwE. Erişim tarihi: 08.11.2023.

³⁰ ICD: International Classification of Diseases /Uluslararası Hastalık Sınıflandırması.

için kullanılmaktadır. ICD, dünya çapında yaygın bir kullanım alanına hizmet eder ve ICD ile raporlanan ve kodlanan veriler aracılığıyla dünya çapında insan hastalıklarının ve ölümlerinin kapsamı, nedenleri ve sonuçları hakkında kritik bilgiler sağlamaktadır. Bu kodlama sisteminde “zihinsel, davranışsal veya nörogelişimsel bozukluklar” kategorisi bulunmaktadır. Bu bozukluklar, bireyin bilişinde, duygusal düzenlenmesinde veya davranışında, zihinsel ve davranışsal işleyişin altında yatan psikolojik, biyolojik veya gelişimsel süreçlerdeki bir işlev bozukluğunu yansıtan klinik olarak anlamlı rahatsızlık ile karakterize edilen sendromlar olarak tanımlanmıştır ve genellikle kişisel, ailevi, sosyal, eğitimsel, mesleki veya diğer önemli işlevsellik alanlarındaki sıkıntı veya bozulma ile ilişkili olduğu belirlenmiştir. ICD kodlandırması kapsamında 5. kısımdaki “zihinsel ve davranışsal bozukluklar” başlığı altında yer alan bozukluklar şu şekilde listelenebilir:³¹

- Organik zihinsel bozukluklar (semptomatik durumlar dâhil)
- Psikoaktif madde kullanımına bağlı zihinsel ve davranışsal bozukluklar
- Şizofreni, şizotipal ve sanrısız bozukluklar
- Duygudurum [duygusal] bozuklukları
- Nevrotik, strese bağlı ve somatoform bozukluklar
- Fizyolojik bozukluklar ve fiziksel faktörlerle ilişkili davranışsal sendromlar
- Yetişkin kişilik ve davranış bozuklukları
- Zekâ geriliği
- Psikolojik gelişim bozuklukları
- Genellikle çocukluk ve ergenlik döneminde başlayan davranışsal ve duygusal bozukluklar
- Tanımlanmamış zihinsel bozukluklar.

³¹ ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics (Version: 01.2023). <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fid%2fentiy%2f334423054>. Erişim tarihi: 09.11.2023.

ICD kodlamasının yanı sıra psikolojik bozuklukları bilimsel temelde ve profesyonel bir şekilde ele alan DSM³² sınıflandırması bulunmaktadır. Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve İstatistiksel El Kitabı, (en son baskı: DSM-5-TR) psikolojik bozuklukların kriterleri, içeriği ve organizasyon yapısı açısından en son bilimsel düşünceyi temsil etmekle birlikte klinisyenlerin daha doğru ve tutarlı teşhisler koymasına yardımcı olmak, araştırmacıların bozuklukların birbirleriyle nasıl ilişkili olduğunu daha iyi incelemelerine yardımcı olmak ve böylece hastalar için daha iyi tedavilere zemin hazırlamak hedeflenmiştir. Psikolojik bozukluklar DSM-5'te detaylı bir şekilde sınıflandırılmış ve semptomları açıklanmıştır. Bu sınıflandırmaya göre bireysel teşhis kategorileri olarak bozukluklar şu şekilde sıralanmış durumdadır:³³

- Nörogelişimsel Bozukluklar
- Şizofreni Spektrumu ve Diğer Psikotik Bozukluklar
- Bipolar ve İlgili Bozukluklar
- Depresif Bozukluklar
- Anksiyete Bozuklukları
- Eliminasyon Bozuklukları
- Obsesif-Kompulsif ve İlgili Bozukluklar
- Travma ve Stres Kaynaklı Bozukluklar
- Disosiyatif Bozukluklar
- Somatik Belirti ve İlgili Bozukluklar
- Beslenme ve Yeme Bozuklukları
- Uyku-Uyanıklık Bozuklukları
- Cinsel İşlev Bozuklukları
- Cinsiyet Hoşnutsuzluğu

³² DSM: Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders/Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve İstatistiksel El Kitabı.

³³ The Organization of DSM-5-TR, American Psychiatric Association, <https://www.psychiatry.org/getmedia/0191c8c8-4151-4bde-9cba-263db78a2734/APA-DSM5TR-TheOrganizationofDSM.pdf>. Erişim tarihi: 09.11.2023.

- Yıkıcı, Dürtü Kontrol ve Davranış Bozuklukları
- Madde Bağlantılı ve Bağımlılık Yapıcı Bozukluklar
- Nörobilişsel Bozukluklar
- Kişilik Bozuklukları
- Parafilik Bozukluk
- İlaça Bağlı Hareket Bozuklukları ve İlacın Diğer Olumsuz Etkileri
- Klinik İlgi Odağı Olabilecek Diğer Durumlar.

Görüldüğü üzere 20 adet ana hastalık kategorisi DSM’de sınıflandırılmıştır. DSM, dünya çapındaki sağlık profesyonelleri için psikolojik bozuklukların tanısına yönelik yetkili bir kılavuz olarak bilinmekte ve klinisyenlerin ruh halini, kişiliği, kimliği, bilişi ve daha fazlasını etkileyen bozuklukları doğru ve tutarlı bir şekilde teşhis etmesini sağlamaya çalışmaktadır.

Bazı psikolojik bozuklukların belli aşamaya geldiğinde rıza ehliyetini ortadan kaldıracağı kabul edilebilmektedir. Ancak kesin karar somut olayın özelliğine göre verilmesi gerekmektedir. Rıza ehliyetini prensip olarak ortadan kaldıran bu tür psikolojik bozukluklara “zekâ geriliği”, “ikinci evreye ulaşmış alzheimer”, “ilerlemiş diyabetik hastalıkların neden olduğu psikolojik bozukluklar”, “ilerlemiş alkol ve uyuşturucu bağımlılığı”, “akut manik bozukluklar”, “akut psikoz”, “ilerlemiş anksiyete bozukluğu” örnek olarak gösterilmiştir. Hastanın rıza ehliyetinin bulunmadığı durumlarda, yasal temsilcisi sıfatıyla yasal danışmanın rızası alınması gerektiği de belirtilmektedir.³⁴

Genel olarak psikiyatrik ya da psikolojik hastalık tanımları geniş bir anlam ifade ederken akıl hastalığı kavramı daha dar anlamda düşünülebilir. Burada kritik olarak önemli olan nokta zihinsel ve entelektüel alana ait semptomların var olmasıdır. Bu tanıma göre psikiyatrik bir hastanın aynı zamanda akıl hastası olup olmadığının tespiti için ayırıcı tanıya gitmek gerektiği ifade edilmiştir. Bu ayırıcı tanıda üzerinde durulması gerekli olan benlik (ego) işlevleri ile gerçeği değer-

³⁴ Erhan Temel, “Alman Hukukunda Psikiyatri Hastası-Hekim İlişkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 61, S. 2, s. 784.

lendirme işlevlerinin önemi vurgulanmaktadır.³⁵ Bu işlevlerin kişide bulunup bulunmaması aydınlatılmış onam, tedavi ve terapi süreçleri açısından da oldukça önemli olduğu değerlendirilmektedir.

IV. PSİKOLOJİK TEDAVİ YÖNTEMLERİ VE PSİKOTERAPİLER

Halkın ruh sağlığı profesyonellerine olan güveni hem tıbbi hem de zihinsel sağlık bakımından önemli olmakla birlikte, kamu ve özel sağlık hizmetlerinin birçok alanında yürütülen çalışmaların geniş çapta kabul görmesine yol açan bir faktör olarak da görülmektedir. Faydalı olmak ve zarar vermemek kuralı çoğu sağlık mesleğinin etik kurallarının temelinde yer almaktadır ve bunu sadakat ve sorumluluk kavramları da yakından takip etmektedir. Aynı zamanda danışan ya da hastayla güvene dayalı ilişkiler kurmaya çalışılmalı, topluma ve topluluklarımıza karşı da mesleki ve bilimsel sorumlulukların bilincinde olunması gerektiği vurgulanmaktadır.³⁶

Mesleki profesyonellik bağlamında yeterli bir hassasiyet ve uzmanlıkla performans gösterme yeteneği temel bir beceri olarak sayılmaktadır. Bazı durumlarda ortaya çıkabilecek coşku, zorunluluk veya zayıf muhakeme gibi faktörler, bir ruh sağlığı uzmanının soğuk kanlılığını bozabilmektedir. Gerçeği anlayamamak, birtakım sorunları telafi edememek ise ciddi etik sorunlar doğurma olasılığını artırabilir. Bu yüzden öncelikle, ruh sağlığı profesyonelinin hasta ya da bireysel danışanının gizliliğini koruma yükümlülüğü ile kamunun veya varsa diğer tarafların hakları arasında bir denge kurması gerektiği ifade edilmektedir.³⁷ Bu temel beceri ve ilkeler tedavi becerileri ile birlikte hekimin ya da ruh sağlığı profesyonelinin mesleki donanımını oluşturan öğelerdir.

Psikiyatristler, psikologlar ve diğer ruh sağlığı uzmanları çeşitli terapi türlerini kullanmaktadırlar. Terapi türünün seçimi hastanın özel hastalık tanısına, durumuna ve tercihinin de bağlıdır. Ruh sağlığı uzmanları, tedavi gören kişinin ihtiyaçlarını en iyi şekilde karşılamak için farklı yaklaşımlardan bazı unsurları birleştirerek de kullanabilir.

³⁵ Oğuz, s. 14-15.

³⁶ Gerald P. Koocher/Patricia Keith-Spiegel, *Ethics in Psychology and the Mental Health Professions Standards and Cases*, Oxford University Press Inc., New York 1998, s. 487-488.

³⁷ Koocher/Keith-Spiegel, s. 487-488.

Psikoterapi tipleri olarak Bilişsel-Davranışçı Terapi, Kişilerarası Terapi, Psikodinamik Terapi, Psikanaliz, Destekleyici Terapi gibi yaklaşımlardan bahsedilebilir.³⁸ Ayrıca Farkındalık Temelli Terapi, Kısa Süreli Psikoterapiler gibi yaklaşımlar da son yıllarda sık kullanılan terapi tipleri arasında yer almaktadır. Terapi tipleri burada sayılanlarla sınırlı olmadığı gibi psikofarmakolojik tedavi, elektrokonvülsif sağaltım, transkranyal manyetik uyarmı, ışık sağaltımı ve beyin cerrahisi gibi farklı tıbbi metotlarla da birlikte de yürütülebilmektedir.

Psikofarmakolojik tedavilerde, hekim ile hasta arasındaki karşılıklı güven ve ilacın aksatılmaması için gerekli motivasyonun oluşması başarılı bir tedavinin başlıca faktörleri olarak görülmektedir. Her bir ilaç ve tedavi yönteminin yararı, alternatif diğer tedavi metotları ve yan etkiler konusunda hasta bilgilendirilmelidir. İlaç yan etkileri konusunda bilgilendirilen hastaların tedaviyi erken bırakma oranları azalmaktadır. Ayrıca psikolojik bozukluklarla ilgilenen profesyonellerin tıbbi gelişmeleri yakından takip etmeleri, hasta ile hekim ilişkisini ve hastanın tedaviye olan uyumunu da göz önüne alması da önerilmektedir.³⁹

Psikolojik birçok bozukluğun tedavisi amacıyla kullanılan Bilişsel Terapi 1960'lı yılların başında Aaron T. Beck tarafından geliştirilmiştir. O yıllardan beri çok çeşitli psikolojik sorun ve örneklemelere de başarı ile uygulanmaya devam etmektedir. Bilişsel model yaklaşımına göre, psikolojik bozuklukların temelinde yatan mekanizma, hastanın ruhsal durumunu ve davranışlarını etkileyen çarpıtılmış ve işlevsel olmayan düşünceleridir. Bu düşüncelerin gerçekçi bir biçimde yeniden değerlendirilip değiştirilmesi, duygu ve davranışlarda düzelme ve iyileşmelere yol açmaktadır.⁴⁰

Psikoterapilerde seans sayısı ile terapi süresi terapi tipleri, hastaların tanı ve durumlarına göre farklılık gösterebilmektedir. Bilişsel

³⁸ What is Psychotherapy? American Psychiatric Association. <https://www.psychiatry.org/patients-families/psychotherapy>. Erişim tarihi: 27.11.2023.

³⁹ Alpay Ateş/Ayhan Algül/Mesut Çetin/Başar Semiz, "Ruhsal Hastalıkların İlaç Tedavileri: Genel Özellikler" in Nevzat Yüksel (ed.), Temel Psikofarmakoloji, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, Ankara 2010, s. 1205-1212.

⁴⁰ Judith S. Beck, Bilişsel Terapi Temel İlkeler ve Ötesi (çeviren: Nesrin Hisli Şahin), 1. Basım, Türk Psikologlar Derneği Yayınları, Ankara 2001, s. 1.

davranışçı terapilerde, ilk değerlendirmelerin tamamlanması iki-üç görüşme sürebilmektedir. Tedavi planı doğrudan bu değerlendirmelere dayalı olması sebebiyle de bu görüşmeler önem taşımaktadır.⁴¹ Terapi süresi bir seans için 45-50 dakika kadar, sıklığı ise haftalarca devam edebilmektedir. Psikoterapi bireysel, aile, çift veya grup ortamında yapılabilir; terapide hem çocuklara hem de yetişkin kişilere yardımcı olunabilir. Seanslar genellikle haftada bir kez yapılır. Genellikle hem hastanın hem de terapistin psikoterapiye aktif olarak katılması gerekmektedir. Kişi ile terapisti arasındaki güven ve ilişki, birlikte etkili bir şekilde çalışabilmek ve psikoterapiden fayda elde edebilmek için önemli görülmektedir. Psikoterapi, daha acil sorunlarla ilgili olarak kısa vadeli (birkaç haftadan aylara kadar) veya uzun vadeli (aylardan yıllara kadar) uzun süredir devam eden ve karmaşık sorunlarla uğraşan bir yaklaşım içerebilir. Burada tedavinin amaçları, tedavi süresi ve sıklığı hasta ve terapist tarafından birlikte tartışılabilmektedir.⁴²

Şizofreni gibi psikotik bozukluklarda ise tedavi süreçleri kimi hasta için bir-iki yıl kadar sürerken, psikotik epizotlarına⁴³ bağlı olarak beş yıla kadar süren tedaviler uygulanabilmektedir. Sıklıkla psikotik epizot geçirmekte olan, saldırgan ve tehlikeli davranışlar sergileyen hastalar için ise sürekli tedavi seçeneklerinin söz konusu olduğu belirtilmektedir.⁴⁴

Diğer bir örnek, en sık karşılaşılan rahatsızlıklardan birisi olan depresyonda genellikle haftada bir (ilk 3-4 hafta haftada 2 kez, duruma bağlı) sonrasında giderek ayda bir görüşme seanslarının düzenlenmesi şeklindedir. Kişilik bozukluğu olan hastalar hariçte tutulursa, sadece depresyonu olan hastalar ideal koşullarda bilişsel psikoterapi ile yaklaşık 15 seansta iyileşmektedir. Ortalama 45 dakika civarında olan

⁴¹ Işık Savaşır/Gonca Soygüt/Elif Kabakçı, Bilişsel Davranışçı Terapiler, Genişletilmiş 3. Basım, Türk Psikologlar Derneği Yayınları, Ankara 2003, s. 15.

⁴² What is Psychotherapy? American Psychiatric Association. <https://www.psychiatry.org/patients-families/psychotherapy>. Erişim tarihi: 28.11.2023.

⁴³ Epizot: Hastalığın belirli bir dönemi ya da evresi olarak tanımlanabilir. Bir psikotik dönem sırasında kişinin düşünceleri ve algıları bozulur ve kişi neyin gerçek olup neyin olmadığını anlamakta zorluk çekebilir. "Gerçeklikle bağlantının kaybedildiği" söylenebilir.

⁴⁴ Alp Üçok/Haldun Soygür, Şizofreni Tedavi Kılavuzu, Güncellenmiş 2. Baskı, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, Ankara 2010, s. 18-19.

seans süresi, dikkat güçlüğü çeken hastalarda başlangıçta 20 dakikaya kadar düşürülebilir.⁴⁵

Ruh sağlığı uzmanının karar verme yeteneği, yalnızca mevcut durumu değerlendirme becerisine değil, aynı zamanda kendi sağlam yargıda bulunma becerisine de bağlıdır. Özel popülasyonlarla ya da danışanlarla ilgili olarak karar vermede önemli bir faktör, grup özelliklerine saygı ile bireysel farklılıklar arasındaki dengeyi kurmak olarak görülmektedir.⁴⁶

Gizlilik psikoterapinin temel şartıdır. Ayrıca hastalar her ne kadar kişisel duygu ve düşüncelerini paylaşırlarsa da terapistle yakın fiziksel temasta bulunmak hiçbir zaman uygun ve kabul edilebilir değildir. Açıklanan tüm terapi süreçlerinde gizlilik ilkesine ve etik kurallara uymak, aydınlatma sürecinde de ifade edilmesi gereken bir unsur olarak da kullanılmalıdır.

Her ne kadar çoğu durumda terapistler tedavinin başlangıcında tamamen yabancı olsalar da danışanlardan en gizli ve özel duygularını, düşüncelerini ve davranışlarını onlara açıklamaları ve onlarla birlikte danışanların en derin, en karanlık ve en nahoş yönleriyle yüzleşmeleri beklenmektedir. Her ne kadar sıkıntılarına ait semptomları anlamayı ve iyileştirmeyi isteseler de hasta ya da danışanlar terapi süreci hakkında pek bir şey bilmiyor olmaları muhtemeldir. Bu aşamada danışanlardan akıllıca seçimler yapmaları, sağlanan bilgilerden yararlanmaları ve terapiye katılımlarının kontrolünü üstlenmeleri beklenmektedir. Terapistler ise danışanların haklarını ve sorumluluklarını kabul etmelerine yardımcı olarak sağlıklı bir işleyişi, zihinsel sağlığın önemini vurgulayarak teşvik ettiklerinde danışanların haklarını güvence altına almak terapistleri daha etkili uygulayıcılar haline getirebileceği değerlendirilmektedir. Terapinin yöntemleri ve hedefleri hakkında kullanılacak açık iletişim tarzı, tedavi ve sonuç hakkında gerçekçi olan beklentileri doğuracaktır. Danışanın haklarına duyarlı

⁴⁵ Hakan Türkçapar, "Depresyonda Bilişsel-Davranışçı Terapi" in Olcay Yazıcı/E. Timuçin Oral/Simavi Vahip (eds), Depresyon Sağaltım Kılavuzu Kaynak Kitabı, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, Ankara 2008, s. 172-173.

⁴⁶ Linda Campbell/Melba Vasquez/Stephan Behnke/Robert Kinscherff, APA Ethics Code commentary and case illustrations, American Psychological Association Publishing, Washington 2010, s. 46-49.

bir terapist, danışanın dile getirilmemiş memnuniyetsizliklerinden kaynaklanan terapötik⁴⁷ çıkmazları ve tek taraflı fesihleri en aza indirebilir. Son olarak, danışanların haklarının güvence altına alınması, uzman kişiyi cezai veya yanlış uygulama eylemlerinden koruyabileceği düşünülmektedir.⁴⁸

Psikolojik tedavi ve terapi süreçlerinde bir sorun çıkması ihtimali halinde, deneyimli profesyoneller dahi bazen terapötik ilişkinin kurulmasında, bir hastanın problemlerinin doğru bir şekilde formüle edilmesinde ve ortak hedeflere doğru tutarlı bir biçimde çalışma konusunda problemlerle karşılaşabilmektedirler. Sorunları fark edip değerlendirebilmek için, hastanın ifadeleri ve geribildirimleri üzerinde durmak, varsa terapi seans görüntü ve kayıtlarını gözden geçirmek ve ölçeklere dayalı ölçüm ve kendi kayıtlarını tekrar analiz etmek gibi metotlar kullanılabilir.⁴⁹ Bu bağlamda seans süreçlerinde yaşanan sorunlar, hastalığın prognozu, hastanın düşünceleri de göz önüne alınarak tekrar değerlendirilmesi ve akabinde belirlenecek konuların tedavi aydınlatmasına dahil edilmesi veya çıkarılması fayda sağlayabilir.

Hastanın aldığı tanı, hastalığına bakış açısı, kişilik yapısı, terapi seanslarının yapısı, kapsamı, hızı, hedefi, terapötik ilişki düzeyi, terapistin tarzı gibi oldukça çok sayıdaki değişken tedavi süreçlerini etkilemektedir. Bu değişkenlerle birlikte yasal ve etik sorumlulukların tamamı ruh sağlığı profesyonelinin daima görüş alanı çerçevesinde bulunmalıdır.

Gerçekten alanında yetkin olan profesyoneller, güçlü yönleri ve becerilerinin yanı sıra olası sınırlı yönlerinin de farkında olan kişilerdir. Fakat sınırlı yönlerine yönelik bir nevi körlük oluşması durumlarında ise danışanlar zarar görebilir ve risk altına girebilirler. Mesleki becerilerle birlikte kişisel farkındalığın yüksek düzeyde olması bu anlamda üst düzey profesyonel bir beceri olarak görülebilir. Doğal olarak kişinin amaçlarını ve ilişkilerini iç görülü bir şekilde keşfetme yeteneği

⁴⁷ Terapötik: "İyileştirici ilaç veya yöntemlerle, hastalığın veya bozuklukların tedavisiyle ilgili olan" anlamına gelmektedir.

⁴⁸ Donald N. Bersoff, *Ethical Conflicts in Psychology*, American Psychological Association Publishing, Washington 2006, s. 315-317.

⁴⁹ Beck, s. 337-338.

kolayca öğrenilen bir beceri olmadığı gibi genellikle mükemmelleştirilmesi de zordur. Ancak bu beceriler, profesyonel bir ruh sağlığı uzmanı için mesleki işlev görme açısından en kritik beceriler arasında sayılmaktadır.⁵⁰ Bu tür kritik becerilere sahip profesyonellerin, tedavi ve terapi süreçlerini yetkin bir şekilde başlatıp sürdürmesinin yanı sıra danışanla olan ilişkilerini de sağlıklı ve verimli şekilde yürütecekleri düşünülmektedir.

Son olarak, ruh sağlığı profesyonelleri mantıklı ve anlaşılır bir dil kullanarak danışanlara terapi süreçleri hakkında bilgilendirme yapmalıdır. Danışanlar da karşılığında terapi alma süreçleri konusunda karar vermelidir. Bilhassa gizlilik, terapi sürecinin niteliği, kullanılacak yöntemler ve potansiyel riskler ile ilgili konular bilgilendirilmesi gereken başlıca esaslardır. Danışanların da kendi kişisel özellikleri ve uzmanla kurdukları yakınlıklarına göre genellikle gizlilik, uzmanın sahip olduğu nitelikler, beklentiler ve terapi süreci hakkında bilgi edinmeyi istedikleri ifade edilmektedir.⁵¹ Bu yüzden aydınlatılmış onam ile ilgili olarak, psikolojik bozukluklar ve diğer ilgi odağı olabilecek konulara da değinmekte fayda görülmektedir.

V. PSİKİYATRİ VE PSİKOLOJİDE AYDINLATILMIŞ ONAM

Tıbbın diğer dallarında olduğu gibi psikiyatride aydınlatılmış onam, karar vermek için gerekli bilgilerin uygun şekilde anlaşılmasına ve değerlendirilmesine dayanan bir anlaşma olarak ifade edilmektedir. Onam verme ya da rıza, genellikle zihnin özgür bir eylemi olarak düşünülür ve buna genellikle bir dereceye kadar mantıklı zihinsel bir müzakere eşlik eder.⁵² Bunun yanı sıra hukuki düzenlemelere göre, sınırlı birtakım durumlar hariç olmak üzere, bir hekimin tedaviye devam edebilmesi için hastaların izin vermesi yani rıza göstermesi gerekmektedir.

⁵⁰ Johann Wolfgang Von Goethe, "Knowing Thyself Understanding Competence and Credentials" in Gerald P. Koocher/Patricia Keith-Spiegel (eds.), *Ethics Psychology and the Mental Health Professions Standards and Cases*, Oxford University Press Inc., New York 1998, s. 70-71.

⁵¹ Samuel J. Knapp/Leon D. Vande Creek, *Psikologlar İçin Pratik Etik: Pozitif Yaklaşım*, Mentis Yayınevi, Ankara 2010, s. 84.

⁵² Neilson/Chaimowitz, s. 3.

Psikolojik tedavilere yönelik aydınlatılmış onam, klinik uygulamada etik bir zorunluluktur ve psikiyatristlerin, psikoterapistlerin ve klinik psikologların, hastalara tedaviler hakkında yeterli açıklama yapma konusunda ayrıca etik bir yükümlülüğü de vardır. Bu yükümlülük, Amerikan Psikoloji Derneği (APA) ve Amerikan Tabipler Birliği'nin mesleki yönergeleri dâhilinde kodlanmıştır.⁵³

Aydınlatılmış onam, uzmanın üzerinde çalıştığı hasta ya da danışandan beklenen güvene dayalı, uzmanın gücünün kötüye kullanılmamasını ve uzmanın ilgisinin anlaşılabilir ve üzerinde anlaşmaya varılan yollarla ifade edilmesini sağlamaya yönelik bir çaba olarak tanımlanmaktadır. Aydınlatılmış onam, bireysel özgürlüğe, özerkliğe ve haysiyete duyulan saygıyı yansıtır ve uzmanlar ile iş birliği içinde çalıştıkları kişiler arasındaki ilişkilerin temelini oluşturur. Ayrıca, ilgili tüm tarafların ortak girişimi yeterince anladığından emin olma fırsatı sağlar, iletişimin kurulmasına olanak sağlar. Aydınlatılmış onam, tekrarlanan bir süreçtir ve sürecin bazı yönlerini açıklığa kavuşturmak veya yeniden müzakere etmek için tekrarlanması gerekebilmektedir.⁵⁴

Günümüzde danışmanlık ve psikoterapide de aydınlatılmış onamın önemi iyice ve yeterince anlaşılmuştur. Hasta özerkliğine saygı duymanın etik zorunluluğu, önde gelen klinik psikoloji ve psikoterapi kuruluşlarının mesleki politikalarında da yer almaktadır.⁵⁵ Örneğin, APA'nın düzenlemiş olduğu Psikologların Etik İlkeleri ve Davranış Kuralları'nın 3.10. Maddesi'ne göre, psikologlar şahsen, elektronik iletim veya diğer iletişim biçimleri yoluyla araştırma yürüttüklerinde veya değerlendirme, terapi, danışmanlık hizmetleri sunduklarında, makul düzeyde anlaşılabilir bir dil kullanarak, birey veya bireylerin aydınlatılmış onamını alırlar. Bunun yanı sıra, yasal olarak aydınlatılmış onam verme yetkisine sahip olmayan kişiler için psikologlar yine de kişiye uygun bir açıklama yapar, kişinin onayını alır, bu kişilerin tercihlerini ve çıkarlarını dikkate alır ve eğer böyle bir rızaya izin veriliyorsa veya gerekliyse, yasal olarak yetkili bir kişiden uygun izni

⁵³ Charlotte R. Blease/Tim Arnott/John M. Kelley/Gillian Proctor/Tobias Kube/Jens Gaab/Cosima Locher, "Attitudes About Informed Consent: An Exploratory Qualitative Analysis of UK Psychotherapy Trainees", *Frontiers in Psychiatry*, 2020, Vol. 11, Article 183, s. 1.

⁵⁴ Campbell ve diğ., s. 106.

⁵⁵ Blease ve diğ., s. 2.

alır. Psikolojik hizmetler mahkeme kararıyla veya başka bir şekilde zorunlu kılındığında psikologlar, devam etmeden önce kişiyi, hizmetlerin mahkeme kararıyla veya zorunlu kılınıp kılınmadığı konusunda ve gizlilik sınırları da dâhil olmak üzere, beklenen hizmetlerin niteliği hakkında bilgilendirmelidir. Psikologlar yazılı veya sözlü onayı uygun şekilde belgelendirirler.⁵⁶ Benzer şekilde Birleşik Krallık'ta İngiliz Danışmanlık ve Psikoterapi Derneği'nin (BACP) Etik Çerçevesi temel ilkeleri "danışanın kendi kendini yönetme hakkına saygı" boyutunu içermektedir. Ayrıca ilkeler içerisinde, rıza verme kapasitesine sahip oldukları her durumda, hassas durumdaki yetişkin danışanların rızasının alınmasına ve bu rızaya saygı gösterilmesine veya uygun olduğunda bu danışanlara bakım sağlayan herkesi buna dâhil etmeye özen gösterileceği, danışanlarla onların onamı ve anlaşması temelinde çalışılacağı gibi aydınlatma ve rızaya dair konular yer almaktadır.⁵⁷

BM 46/119 sayılı Kararı 11'inci maddesi akıl hastalıkları ile ilgili olarak, hastanın tedaviye onay vermesi ve onam süreçlerinin neler içereceğine dair detaylı ve açıklayıcı birçok ifadeyi barındırmaktadır. 11'inci madde ve alt bentlerine göre, belirtilen bazı istisnalar dışında, hastaya aydınlatılmış onam alınmadan hiçbir tedavi yapılmayacağı ifade edilmektedir. Bazı istisnai durumlar dışında, hastanın tedaviyi reddetme veya tedaviyi durdurma hakkı bulunmakla birlikte tedaviyi reddetmenin veya durdurmanın sonuçları hastaya açıklanması gerekmektedir. Bir hasta asla aydınlatılmış onam hakkından feragat etmeye davet edilmeyecek veya ikna edilmeyecektir. Hastanın aydınlatılmış onamına gerek kalmadan hastaya önerilen bir tedavi planı bazı istisnai koşullarda düzenlenebilir. Hastanın aydınlatılmış onamı olmadan tedavisi, (gerektiğinde) hastanın kişisel temsilcisinin hasta adına onay verdiği durumlarda, yasayla yetkilendirilmiş bir ruh sağlığı hekiminin, hastaya doğrudan bir zarar gelmesini önlemek için ve bunun acilen gerekli olduğuna karar vermesi durumunda, herhangi bir hastaya hastanın aydınlatılmış onamı olmadan da tedavi kararı verilebilir.

⁵⁶ APA Ethical Principles of Psychologists and Code of Conduct, <https://www.apa.org/ethics/code>. Erişim tarihi: 04.11.2023.

⁵⁷ British Association for Counselling and Psychotherapy. Ethical Framework for the Counselling Professions. (2018). <https://www.bacp.co.uk/media/3103/bacp-ethical-framework-for-the-counselling-professions-2018.pdf> Erişim tarihi: 04.11.2023.

Bunlara ilaveten, akıl hastalığı olan bir kişiye önemli bir tıbbi veya cerrahi işlem ancak iç hukukun izin vermesi, hastanın sağlık ihtiyaçlarını en iyi şekilde karşılayacağı düşünülmesi ve hastanın aydınlatılmış onam vermesi durumunda yapılabilir. Hastanın aydınlatılmış onam veremediği durumlarda ise tıbbi müdahaleye ancak bağımsız inceleme sonrasında izin verilmelidir. Akıl hastalığına yönelik psikocerrahi ile diğer müdahaleci ve geri dönüşü olmayan tedaviler, bir ruh sağlığı merkezinde aydınlatılmış onam olmadan bir hastaya asla uygulanamayacaktır.⁵⁸

Kişinin onuru ve özerkliği açısından temel olan, reddin makul olması koşuluyla, istenmeyen tedavileri reddetme hakkı da dâhil olmak üzere, psikiyatrik tedavisiyle ilgili karar verme hakkının bulunmasıdır. Psikiyatristlerin rızanın etik temelleri ve rızaya ilişkin yasal gereklilikler konusunda bir farkındalığa sahip olmaları önemli olarak görülmektedir. Tedaviye yönelik hasta tarafından verilen onay, tüm değerlendirme süreçlerinin, teşhis araştırmalarının ve prosedürlerinin tüm yöntemlerine ve (veya) fiziksel, tıbbi veya psikoterapötik müdahalelerin yanı sıra sürekli izlemeye ilişkin izni de kapsayacağı değerlendirilmektedir.⁵⁹

Aydınlatılmış onamın gerçekleştirilme sürecinde hekim ile hasta arasındaki iletişim önemlidir. Uzmanlar, hastalarına tıbbi tedavi ve bakımlarıyla ilgili bilinçli kararlar verebilmeleri için ihtiyaç duydukları bilgileri sağlamalı ve hastalarının bilinçli bir karar vermesine olanak vermek için gerekli olabilecek her türlü bilgi alışverişini kolaylaştırmanın yollarını da aramalıdır. Uzmanlar kendilerine yöneltilen her türlü soruyu ellerinden geldiğince ve kanıta dayalı uygulamalara uygun olarak yanıtlamalıdır. Uzmanlar sürekli olarak tedavi konusunda onay görüşmelerine katılmaya ve bu konuşmaların içeriğini kalıcı tıbbi kayıtların bir parçası olarak uygun şekilde belgelemeye de hazırlıklı olmalıdır.⁶⁰

Uzmanlar, önerilen herhangi bir tıbbi bakımı kabul etme veya reddetme hakkı da dâhil olmak üzere, hastaların özerk kararlarına saygı duymalıdır. Bu yaklaşım uzmanların özerklik ve bilişsel kapasite

⁵⁸ BM 46/119 sayılı Genel Kurul Kararı, 11'inci madde.

⁵⁹ Neilson/Chaimowitz, s. 1-2.

⁶⁰ Neilson/Chaimowitz, s. 2.

konularını, bu konuları etkileyebilecek her türlü kısıtlamayı ve psiko-patolojiyi de dikkate alarak uygun şekilde değerlendirmesi gerektiği anlamına geldiği ifade edilmektedir. Hastanın aydınlatılmış onamının mümkün olmadığı ve önceden tedavi isteğinin açıkça bilinmediği durumlarda, hastanın tedavi isteklerini veya çıkarlarını temsil edecek uygun bir karar alınması sağlanmalıdır.⁶¹

Uzmanlar, hastanın kendisine iletilen bilgiyi gerçekten anlayıp anlamadığına odaklanarak rıza almanın etkililiğini güvence altına alabilir. Bu noktada hekimin, hastanın gerçekten bilinçli bir karar verebilmesi için bilmesi gereken bilgileri hastaya sunması gerekmektedir. Bununla birlikte, hastanın soru sorma ve anlaşılır yanıtlar alma olanağına da sahip olması gerekmektedir. Acil durumlarda ya da hasta akut bir şekilde rahatsızlandığında, hastanın bilgiyi alma, yorumlama ya da iletme yeteneğinde görece azalmalar olabilir. Durumun önem ve acilliği izin verdiği ölçüde, tıbbi gerçekler hastaya dikkatli ve bilinçli bir şekilde açıklanmalıdır.⁶²

Psikiyatrik ilaçların, özellikle yeşil reçeteye satılan ilaçların, diğer ilaçlarla, alkol ve benzeri keyif verici maddelerle etkileşimleri, bilişsel, davranışsal ve duygusal istenmeyen sonuçlara neden olabileceği doz aşımının doğuracağı tehlikeli sonuçlar gibi konular hakkında hasta bilgilendirilmelidir. Psikolojik rahatsızlıklarda tedavi hedefine hastanın ve hastalığın durumuna bağlı olarak değişen sıklıkta gerçekleşen ve bazen yıllar süren psikoterapi seansları yoluyla ulaşılmaktadır. Bu nedenle hekimin hastasına, terapi seanslarına eksiksiz ve aktif katılması ve hekimin tedavi tavsiyelerine uyması gerektiği konusunda uyarıda bulunması gerektiği ifade edilmektedir.⁶³

Diğer hekimler gibi ruh sağlığı uzmanlarının da tıbbi tedaviye onay vermenin altında yatan etik ilkeleri anlamaları, kendi meslekleri ve uygulama alanları dâhilinde tedaviye rıza vermenin yasal unsurlarına tam olarak aşına olmaları ve bu yasal mevzuata uyma konusunda hassasiyet göstermeleri önemle vurgulanmaktadır.⁶⁴

⁶¹ Neilson/Chaimowitz, s. 2.

⁶² Neilson/Chaimowitz, s. 7.

⁶³ Temel, s. 779-780.

⁶⁴ Neilson/Chaimowitz, s. 3.

Psikoterapi hizmetlerinde aydınlatılmış onam önem verilen kavramlar arasındadır. Hastaların aydınlatılmış onamının alınması, psikoterapinin yürütülmesi için yasal ve etik bir yükümlülüğü temsil eder ve bu uluslararası psikoloji kurumlarının (örneğin, APA) çok sayıda davranış kuralları kapsamında yer almaktadır.⁶⁵ Psikoterapistler, özerk bir karar için gerekli olabilecek tüm koşullar da dâhil olmak üzere, tedaviyle ilgili bilgileri yasal olarak açıklamakla yükümlüdür (örneğin, Alman Medeni Kanunu § 630e). Etik bir çerçevede, psikoterapistler özerkliğe saygı, yararlılık, zarar vermeme ve adaletten oluşan 4 ahlaki ilkeyi dengelemeye çalışmalıdır. Gerçeğe uygun bir aydınlatılmış onamın ana bileşenleri şunlardır: Hastanın karar verme kapasitesi, tedavi bilgilerinin açıklanması, gönüllülük, hastanın anlaşılması ve açık rıza beyanı.⁶⁶

Psikolojik tedavi yöntemleri açısından hastanın kişiliğinin tedaviyi belirlemede ve tedavi sürdürme konusundaki etkisi düşünüldüğünde aydınlatılmış onamın da kişiye özgü hale getirilmesinin önemi ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda hastanın karar verme kapasitesinin ne kadar önemli olduğu görülmektedir. Majör depresif bozukluk⁶⁷, bipolar bozukluk⁶⁸ gibi psikiyatrik tanuların alınması karar verme kapasitesinin tam olarak yok olduğu anlamına da gelmemektedir. Bununla birlikte hastalara herhangi bir müdahaleye başlamadan önce kendi karar verme yeteneklerinin değerlendirilmiş olması önem taşımakta-

⁶⁵ Leonie Gerke/Sönke Ladwig/Franz Pauls/Manuel Trachsel/Martin Härter/Yvonne Nestoriuc, "Optimized Informed Consent for Psychotherapy: Protocol for a Randomized Controlled Trial", *JMIR research protocols*, 2022, Vol. 11, No. 9, s. 1-11.

⁶⁶ Manuel Trachsel/Martin Grosse Holtforth, "How to Strengthen Patients' Meaning Response by an Ethical Informed Consent in Psychotherapy", *Frontiers in Psychology*, 2019, Vol. 10, Article 1747, s. 1-6.

⁶⁷ Majör depresif bozukluk: Depresif duygudurum, umutsuzluk, değersizlik hissiyatı, uykusuzluk, intihar düşünceleri, kendini eleştirme ve suçlama gibi belirtilere sahip psikiyatrik bozukluk. Kaynak: Sathya Rao/Jillian Broadbear, "Borderline personality disorder and depressive disorder", *Australasian Psychiatry*, 2019, 27 (6), s. 573-577.

⁶⁸ Bipolar bozukluk, kişinin ruh halinde, enerjisinde, aktivite düzeyinde ve konsantrasyonunda olağandışı değişikliklere neden olan bir akıl hastalığıdır. Kaynak: National Institute of Mental Health (NIMH), [https://www.nimh.nih.gov/health/topics/bipolar-disorder#:~:text=Bipolar%20disorder%20\(formerly%20called%20manic,three%20types%20of%20bipolar%20disorder](https://www.nimh.nih.gov/health/topics/bipolar-disorder#:~:text=Bipolar%20disorder%20(formerly%20called%20manic,three%20types%20of%20bipolar%20disorder). Erişim tarihi: 06.11.2023.

dır.⁶⁹ Psikolojik bozukluk, kişinin tedavi olma ihtiyacını kabul etmesini, neye onam verdiğini anlamasını ve kavramasını, müdahalelerin lehinde ya da aleyhinde tercih yapmasını ve onamını ifade etmesini engellemiyor ise kişi aydınlatılmış onam vermeye ehil olarak görülmektedir.⁷⁰

VI. AYDINLATILMIŞ ONAMLA İLGİLİ KRİTİK KONULAR VE AYIRT ETME GÜCÜ

Aydınlatılmış onam gerekliliği başka bir yükümlülük tarafından geçersiz kılınarak askıya alınabilir veya sınırlandırılabilir. Bazen başkalarının zarar görmeme hakkı, kişinin tedaviyi reddetme hakkından öncelikli olabilir. Bazı kritik durumlarda ya da herhangi bir zamanda hastanın rızasını geri çekme hakkından da söz edilebilmektedir. Tedavi sırasında hastanın rızasını geri çekmesi durumunda tıbbi deliller, tedavinin sonlandırılmasının hayati tehlike oluşturacağını veya hastanın sağlığı açısından acil ve ciddi sorunlar yaratacağını öne sürmediği sürece, hekimin tedaviyi durdurmak zorunda olduğu belirtilmektedir.

⁷¹

Şizofreni⁷² gibi psikotik belirtilerin⁷³ şiddetli olduğu, hastalığın alevli dönemlerinde bilişsel işlevselliğin olumsuz etkilendiği hastalıklarda kişinin onam verme kapasitesi de olumsuz etkiye uğramaktadır.⁷⁴ Bu nedenle bu tür hastalık dönemlerinde bulunan kişileri değerlendirmek, ayırt etme gücüne ya da yetkinliğine sahip olup olmadığını tespit etmek bilhassa önem taşımaktadır.

Hastanın onamı tıbbi kayıtlarda belgelenmelidir. Tedavinin ve prognozun içeriğinin ana noktaları, hastanın dile getirdiği özel endi-

⁶⁹ Günler, s. 104.

⁷⁰ Werdie C. Van Staden/Christia Krüger, "Incapacity to give informed consent owing to mental disorder", *Journal of Medical Ethics*, 2003, Vol. 29, s. 41-43.

⁷¹ Neilson/Chaimowitz, s. 4.

⁷² Şizofreni aktif olduğunda semptomlar sanrılar, halüsinasyonlar, düzensiz konuşma, düşünme sorunları ve motivasyon eksikliğini içerebilir. Kaynak: What is Schizophrenia? America Psychiatric Association, <https://www.psychiatry.org/patients-families/schizophrenia/what-is-schizophrenia#:~:text=Schizophrenia%20is%20a%20chronic%20brain,thinking%20and%20lack%20of%20motivation.>

⁷³ Psikotik belirtiler: sanrı ve halüsinasyon vb.

⁷⁴ Zeynep Maçkalı, "Ruhsal Bozukluklarda Bilgilendirilmiş Onam ve Onam Verme Kapasitesi", *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, 2014, C. 6, S. 3, s. 231-233.

şeler, hastanın beyan ettiği karar, hekimin hastanın tedaviye rıza gösterme kapasitesine ilişkin değerlendirmesi ve gönüllülük derecesi gibi durumların bu kayıtlarda yer alması önerilmektedir. Ayrıca, onamın bir süreç olduğu anlayışından yola çıkarak, ruh sağlığı uzmanının gelişen koşulların ele alındığından emin olmak için onam konusunu periyodik olarak gözden geçirmesi ve yenilemesi (ve uygun şekilde belgelenmesi) klinik bir zorunluluk olarak vurgulanmaktadır. Tedavinin sağlandığı durumun gelişimi, tedavinin etkileri, alternatif tedavilerin geliştirilmesi, tedavi ilişkisinin gelişen doğası, hastanın yaşam koşullarındaki değişiklikler gibi durumların değerlendirilmesi bu süreç içerisinde yer alan unsurlar olarak ifade edilmiştir.⁷⁵

Bunların yanı sıra, uzmanlar, çocukların karar verme kapasiteleri, çocukların gelişen yeteneklerini dengeleme ihtiyacı ve tıbbi karar almada ailelerin rolü konusunda da farkındalık göstermelidir. Bu durum, çocuklarla iletişimde gelişimsel olarak uygun ve ebeveynlerine, ailelerine ve bakıcılarına karşı da saygılı bir yaklaşım benimsemeyi içermektedir.⁷⁶

Normal şartlar altında, tüm yetişkinlerin tedavi kararları verme konusunda zihinsel olarak yeterli olduğunun varsayılması söz konusudur. Buna karşın, ruh sağlığı uzmanı psikopatolojinin kişinin tedaviye karar verme durumu üzerindeki etkisini ilgili tıbbi görüşleri ile açıklayabilecek kanıt ve görüşleri geliştirebilir. Tedaviye onam verme konusunda, hastanın yetersiz olduğuna yönelik hekim beyanları, kanıt standardını (yani, olasılıklar dengesi veya açıkça ifade edilen diğer standartları) karşılayan tıbbi delillerle desteklenmelidir.⁷⁷

VII. KARAR VERME YETERLİLİĞİ VE KAPASİTESİ İLE İLGİLİ KONULAR

Zihinsel kapasite, bir kişinin belirli bir zamanda belirli bir konuyla ilgili kararlar almasını sağlayacak bilgileri alma, işleme, tutma, anlama ve kendi durumuna uygulama potansiyelinin değerlendirilmesi olarak tanımlanmıştır.⁷⁸ Genel anlamda kapasite karara özgü olarak görülmektedir ve belirli bir kararın işlevsel olmasıyla ilgilidir; ilgili

⁷⁵ Neilson/Chaimowitz, s. 4-5.

⁷⁶ Neilson/Chaimowitz, s. 2.

⁷⁷ Neilson/Chaimowitz, s. 8.

⁷⁸ Maçkalı, s. 235.

bilgilerin anlaşılmasını ve bir karar vermenin (veya verememenin) sonuçlarının takdir edilmesini ifade etmektedir. Kapasitenin klinisyenler tarafından uygun şekilde yürütülen klinik bir değerlendirme olduğu da ifade edilmektedir.⁷⁹

Bir hastanın tedaviye rıza gösterme kapasitesi, bir seçim yapma yeteneğini sınırlayan çok sayıda zihinsel faktör nedeniyle tehlikeye girmiş olabilir. Bu faktörler buradakilerle sınırlı olmamak üzere, psikoz, demans, zihinsel engellilik, şiddetli duygudurum bozuklukları, madde kullanımı ve kafa travması ile ilişkili belirli semptomlar olarak sıralanabilir.⁸⁰

Konuyla ilgili olarak Kanada Yüksek Mahkemesi verdiği kararlarda iki faktörü özellikle vurgulamıştır: Birincisi, hasta tedavi kararı vermeye ilgili bilgileri anlayabilmelidir ki bu anlayış, ilgili bilgiyi işlemek, kavramak ve saklamak için bilişsel yeteneği gerektirir. İkincisi, hasta kararın verilmesi veya verilmemesinin makul olarak öngörülebilir sonuçlarını takdir edebilmesidir. Bu durum, hastanın ilgili bilgileri kendi koşullarına uygulayabilmesini ve bir kararın verilmesi veya verilmemesinin öngörülebilir risklerini ve faydalarını tartabilmesini gerektirmektedir.⁸¹

Bir ruh sağlığı merkezine yatırılan hasta, kabulünden sonra mümkün olan en kısa sürede, anlayacağı bir şekil ve dilde, kararda bahsedilen ilkeler ve iç hukuk kapsamındaki tüm hakları konusunda bilgilendirilmelidir. Hastanın bu bilgileri anlayamaması halinde ve bu süre boyunca hastanın hakları, varsa ve uygunsu yasal temsilcisine ve hastanın çıkarlarını en iyi temsil edebilecek kişi veya kişilere iletilmelidir. Bunun yanı sıra, yeterli zihinsel kapasiteye sahip bir hasta, kendisi adına bilgilendirilmesi gereken bir kişiyi ve aynı zamanda sağlık tesisinin yetkililerine kendi çıkarlarını temsil edecek bir kişiyi aday gösterme hakkına da sahip olduğu kabul edilmiştir.⁸²

⁷⁹ Neilson/Chaimowitz, s. 8.

⁸⁰ Jeremy J. Skipworth/John Dawson/Pete M Ellis, "Capacity of forensic patients to consent to treatment" *The Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, 2013, Vol. 47, Issue 5, s. 443-450.

⁸¹ Canada Supreme Court Judgments, *Starson v. Swayze*, 2003 SCC 32, [2003] 1 S.C.R. at p 761 per Major J.

⁸² BM 46/119 sayılı Genel Kurul Kararı, 12'nci madde.

Bir kişi hasta olarak bir ruh sağlığı merkezine aydınlatılmış onamı olmadan kabul edilebilir, hâlihazırda gönüllü hasta olarak kabul edilmiş olan bir ruh sağlığı merkezinde istem dışı hasta olarak alıkonulabilir. Ancak kanunen bu amaçla yetkilendirilmiş bir ruh sağlığı uzmanının hastayla ilgili bazı kriterleri belirlemiş olması beklenmektedir. Bu kriterler: Akıl hastalığı nedeniyle, kendisine veya diğer kişilere ciddi anlamda, doğrudan veya bir zarar verme ihtimalinin olması, akıl hastalığı ağır olan ve muhakemesi zayıf olan bir kişinin sağlık tesisine kabul edilmemesi durumunda, bu kişinin durumunda ciddi bir bozulmaya yol açabileceği durumlar olarak gösterilmiştir. Ayrıca, bir ruh sağlığı merkezi, aydınlatılmış onamı olmayan hastaları, yalnızca tesisin iç hukukta belirtilen yetkili bir makam tarafından görevlendirilmesi durumunda kabul edebileceği de belirtilmektedir.⁸³ BM 46/119 sayılı Genel Kurul Kararı'nın 17'inci maddesinde ise aydınlatılmış onamı olmadan olarak yatırılan hastanın sağlık tesisindeki sürecinin devamını ya da ayrılmasını gerektiren hususlar, hastanın tahliye istemi, mahkemeye başvuru, itiraz yolu ve bunların incelenme ve karara bağlanması gibi hususlardan bahsedilmektedir.

Ayırt etme gücü 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) Birinci Kitabı olan Kişiler Hukuku kısmı 13'üncü maddesinde şu şekilde tanımlanmaktadır: "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir." Ayırt etme gücü kişinin psikolojik bir rahatsızlığa sahip olması durumunda ayrıca değerlendirilmesi, kişinin kendisi ile ilgili kararları verip veremeyeceği konusunda bir sonuca ulaşılması bakımından önem taşıyan bir kavram olarak görülmektedir. Burada kritik nokta, kişideki hastalığın ya da içinde bulunduğu psikolojik durumun ayırt etme gücü ya da kapasitesini ne derecede etkilediği ve engellediğidir.

TCK 32'nci maddesinde de akıl hastalığı ile ilgili hükümler yer almaktadır. Anılan maddenin birinci fıkrasında "Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güven-

⁸³ BM 46/119 sayılı Genel Kurul Kararı, 16'ncı madde.

lik tedbirine hükmolunur” ifadeleri bulunmaktadır. İkinci fıkrada ise “Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir” hükümleri yer almaktadır. Bu bağlamda akıl hastalığı kavramına ayrı bir önem atfedilirken ceza ve güvenlik şartlarında da buna göre düzenlemeler yapılmıştır.

Psikolojik durumu nedeniyle kişinin zorla hastaneye yatırılarak tedavisi de farklı kritik bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Nihayet zoraki yatırılma için gerekli olan son şartın, “hastanın psikiyatrik rahatsızlık veya zihinsel engellilik nedeniyle hastanede tedavisinin gerekliliğini anlayacak durumda olmaması ya da anlamış olmasına rağmen hastaneye yatmaya karar verecek durumda olmaması” gerektiği ifade edilmektedir. Alman Hukukunda, uzmanın psikiyatri hastasını isteği dışında yatırabilmesi ancak iki durumda mümkündür: Hastanın kendini öldürme veya kendine önemli derecede zarar verme tehlikesinin bulunması durumunda ve muayene veya tedavisinin gerekli olması ve bunun ancak yatırılarak mümkün olması durumu. Ayrıca hastayı yatırmanın hastanın esenliği için gerekli olması, uzmanın yatırma işlemine onay vermesi ve nihayet danışmanlık mahkemesinde zorla yatırma için dava açmış ve mahkemenin bu yönde karar vermiş olması gereklidir. Alman Hukukuna göre mahkemenin onayı ile psikiyatri hastası, onun doğal iradesinin aksine zorla kapalı sağlık kuruluşuna yatırılabilir. Buna ilaveten istisnai olarak, eğer psikiyatri hastasının hayatına yönelik akut tehlike veya sağlığına yönelik ağır tehlike söz konusu ise hasta karşı koysa dahi zorla tedavi edilebilir. Zorla yatırılan psikiyatrik hastaya gerekli görülen tüm tıbbi ve psikoterapik tedaviler uygulanır. Normal şartlarda, hastanedeki tüm tıbbi müdahaleler için hastanın rızası gereklidir. Eğer hasta ayırt etme gücünden yoksun ise, onun yerine kanuni temsilcisi tıbbi müdahaleye rıza verebilir. Hastanın veya kanuni temsilcisinin rızası olmaması ya da hastanın karşı çıkmasına rağmen tedavi edilmesi iki istisnai durumda yasal olarak belirlenmiştir: Birincisi, hastanın tedavi edilmemesi sonucunda akut hayati tehlike söz konusu olması durumudur. İkincisi

ise hastanın kendisinin ya da üçüncü kişilerin sağlığına yönelik büyük bir tehlikenin gündeme gelmesi durumlarıdır.⁸⁴

Ruh sağlığı uzmanları bazen çocuklar, yasal olarak ehliyetsiz olduğu beyan edilen yetişkinler veya zihinsel veya psikolojik olarak rıza gösteremeyecek durumda olan kişiler gibi yasal olarak rıza veremeyecek kişilere hizmet vermekte veya onlarla ilgili araştırmalar yapmakta dırlar. Bu durumlarda uzmanlar danışanla/hastayla ya da araştırmaya katılan kişiyle kapasitesiyle orantılı bir şekilde iletişim kurmaya çalışmalıdır. Aynı zamanda böyle bir kişinin çıkarlarını en iyi şekilde korumaya özen göstermelidirler.

Bilimsel araştırmalarda psikolojik bozukluğu olan kişilerin yapılan çalışmalara dâhil edilmesi, zaman zaman ciddi etik ve yasal kaygılara yol açabilmektedir. Bu nedenle, araştırmaya başlamadan önce denekten veya vekilinden onam alınması önem taşımaktadır. Uzmanların, psikolojik bozukluğu olan hastaların araştırmalara yönelik hukuki olarak geçerli aydınlatılmış onam verebilmelerini ve onam veremeyecek durumdaki hastaların araştırma denekleri olarak istismar edilmemelerini sağlamak gibi konulara da dikkat etmeleri gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁵

VIII. ACİL PSİKİYATRİK DURUMLAR VE ONAM

Acil psikiyatrik durumlar, konunun bir başka yönünü oluşturmaktadır. Acil psikiyatrik durumlarda zorunlu tedavinin yasal, etik ve pratik değerlendirmelerine ilişkin mevcut literatür nispeten sınırlıdır.

Tıbbi acil durumlarda, genellikle nesnel olarak kanıtlanabilen fiziksel bir durum mevcuttur. Bu nesnel gözlem ve kanıtlar, psikiyatrik acil durumlarda sıklıkla eksiktir. Psikiyatrik acil durumların önemli bir yüzdesi ister acil serviste ister tıbbi birimlerde veya diğer sağlık bakım ortamlarında olsun, psikiyatri hastanesi dışında meydana gelmektedir.⁸⁶ Psikiyatri hastalarının acil serviste tedavisi ile ilgili bazı değerlendirmeler yapılmıştır. İlk olarak, hastanın acil servise getiril-

⁸⁴ Temel s. 797-806.

⁸⁵ Neilson/Chaimowitz, s. 3.

⁸⁶ Sarah H. D. Becker/Howard Forman, "Implied Consent in Treating Psychiatric Emergencies", *Frontiers in Psychiatry*, 2020, Vol. 11, Article 127, s. 2.

mesinin, tıpkı diğer tıbbi hastalarda olduğu gibi, tıbbi değerlendirme ve bakım için onay anlamına geldiği öne sürülmüştür. İkinci olarak, hasta acil servise başvurduğunda hekim ile hasta arasında “standart bakımın sağlanması” konusunda bir ilişki kurulur; bunu yerine getirmemek ise ihmal anlamına gelir. Hasta tedaviyi reddedebilirken, hekimin hastanın karar verme kapasitesinin bulunmadığına inanması için bir nedeni varsa (şiddet, psikotik veya intihara meyilli davranışlar gibi psikiyatrik acil durumlarda sıklıkla olduğu gibi) tedavi etmekle yükümlü olduğu değerlendirilmektedir.⁸⁷

Acil bir durumda ajite⁸⁸ olmuş psikiyatrik bir hastaya zorla ilaç verilmesini teşvik etmek için, “özerkliğin yeniden sağlanması, zarar riskinin azaltılması ve altta yatan durumun tedavisi hedefi” dâhil olmak üzere çeşitli etik hususlar gündeme getirilmektedir.⁸⁹ Pratik açıdan bakıldığında, acil durumlarda psikiyatri hastalarının yönetimini ele alan makaleler, hekimin öncelikle diğer hastaların ve personelin güvenliğini sağlama yükümlülüğünü de kabul etmektedir.⁹⁰

Bir hekimin psikiyatrik bir acil durumda zorunlu tedavi hizmetini sağlama sorumluluğu, kendi bedeni ve zihni hakkında karar verme bağlamında temel bir insan hakkının önemli bir istisnasıdır. Ortaya çıkan acil ihtiyaçların varsayılan zihinsel yetersizlik, zımni rıza ve kamu çıkarının karşılıklı etkileşimi ile her vakanın bireysel ayrıntıları, belirli bir acil durumda doğru, etik ve yasal kararın alınmasında önemli olarak görülmektedir. Bununla birlikte, bu spesifik noktaya eklenmesi sağlanabilecek, yakın bir tehlike eşliğini belirlemeye yönelik yasal standartlar ve/veya uygulama kılavuzlarının hem psikiyatristler hem de hastalar için memnun edici sonuçlar vereceği ifade edilmektedir. Ayrıca, aydınlatılmış onamı olmadan sağlık tesislerine kabul edilen hastalar dışındaki popülasyonların acil psikiyatrik yönetimine özel, açık yasal yönergeler

⁸⁷ Matthew M. Rice/Gregory P. Moore, “Management of the Violent Patient. Therapeutic and Legal Considerations”, *Emergency Medicine Clinics of North America*, 1991, Vol. 9, Issue 1, s. 13-30.

⁸⁸ Rahatsız, huzursuz, taşkınlık yapan anlamında kullanılmıştır.

⁸⁹ Nathan Gold Allen/Jeffrey Steven Khan/Mohammad Shami Alzahri/Andrea Gail Stolar, “Ethical Issues in Emergency Psychiatry”, *Emergency Medicine Clinics of North America*, 2015, Vol. 33, Issue 4, s. 863-874.

⁹⁰ Santina Wheat/Dorothy Dschida/Mary R Talen, “Psychiatric Emergencies”, *Primary Care*, 2016, Vol. 43, No. 2 s. 341-354.

düzenlenmesinde fayda vardır. İhtiyaç, bir hastanın ajitasyonunun veya intihar eğiliminin yönetilmesiyle sınırlı olmayıp, psikiyatrik kabule ihtiyaç duyan ve bu anlamda tıbbi tedaviyi reddeden bir hastanın tedavisini de kapsamaktadır. Bu yönde hazırlanacak kılavuzlar, hekim eğitiminin yanı sıra psikiyatrik hastanın deneyiminin standartlaştırılmasını da teşvik edici olacağı değerlendirilmektedir.⁹¹

IX. TEHLİKE YA DA RİSK İÇEREN BAZI DURUMLAR

Ruh sağlığı uzmanları işlerinin gereği, meslek hayatları süresince çok farklı vakaları görmekte birlikte intihar eğilimli, saldırgan ya da aşırı derecede korkulara sahip danışanlarla yüz yüze gelebilmektedirler. Bu tür danışanlar, terapi süreçleri dışındaki zamanlarda yaygın şekilde eş ve çocuklarına olduğu gibi üçüncü şahıslara da zarar verebilmektedir.⁹² Psikologların %97'sinin mesleki hayatlarında en az bir defa böyle danışanlarla karşılaştığı ve kendilerine veya başkalarına zarar verilmesinden korktuğu ifade edilmektedir.⁹³ Tehlikeli danışanlarla ilgili sorunlarda uzmanlar risk yönetim ilkelerini uygulayabilmeleri aynı zamanda danışanın iyilik halini de göz önüne alarak hareket etmelidir. Ayrıca gizlilik ve özerklik ihlali ihtimalini en aza indirgeyerek insanların zarar görme olasılığını da en az seviyeye indirebilirler.⁹⁴

Saldırgan davranışlar gösteren, intihar riski olan, kendine zarar verme eğilimi olan, bulaşıcı hastalık veya HIV pozitif olan hasta ve danışanlarla karşılaşılabilmesi gibi istismar hatta çocuk istismarı vakaları ile de karşılaşılabilir. Uzmanların bu tarz danışan ve vakalarda problemi iyi tanımlama, inceleme, çözüm geliştirme, seçenekleri değerlendirip analiz etme, buna göre en uygun seçeneği uygulama ve harekete geçme ve sonuçları değerlendirme gibi adımları atma konusunda yetkin olmalarında fayda vardır.⁹⁵ Bunlara ek olarak uzmanlar alkol ve madde kullanan kişilerle tedaviye yönelik görüşme ve terapi

⁹¹ Becker/Forman, s. 3.

⁹² Knapp/Vandecreek, s. 102.

⁹³ Kenneth S. Pope/Barbara G. Tabachnick, "Therapists' anger, hate, fear, and sexual feelings: National survey of therapist responses, client characteristics, critical events, formal complaints, and training", *Professional Psychology: Research and Practice*, 1993, Vol. 24, No. 2, s. 142-152.

⁹⁴ Knapp/Vandecreek, s. 104.

⁹⁵ Knapp/Vandecreek, s. 102-112.

süreçlerinde bulunabilirler. Tüm bu durumlar, bazen düşük bazen de yüksek düzeyde sağlık ve yaşam riski içeren vakalara dönüşebilir. Bu nedenle uzmanların hem etik hem hukuk hem de sağlık bağlamında nasıl davranacağını ve ne tür yöntemler kullanacağını bilmesi gerekmektedir. Kritik risk taşıyan vakalarda dahi aydınlatma ve hasta yararını düşünme ilkelerinin bilincinde olunmasının büyük avantaj sağlayacağı düşünülmektedir.

SONUÇ

Sonuç olarak, hasta ile ilgili faktörler, ilgili mevzuat, emsal dava kararları, hekimlerin klinik kararları ve meslektaşlarla istişarede bulunulması hekimlerin ve diğer ruh sağlığı profesyonellerinin bireysel vakalarda nasıl ilerleyeceklerini de belirlemesi açısından önemli rol oynamaktadır.

Uzmanların tedavi süreçlerinde onam ve rıza konusunda yetenekli, uygun şekilde bilgilendirilmiş ve tamamen şeffaf bir yaklaşımın gerçekleşmesini sağlama görevine de vurgu yapılmaktadır.⁹⁶ Keza tüm ruh sağlığı uzmanlarının etik duyarlılık anlayışı çerçevesinde hasta ve danışanlarına verdikleri psikolojik hizmetlerde onam olarak ve bunu belgelendirerek mesleklerini sürdürmeleri önem arz etmektedir.

İnsan hakları olsun, sağlık hakkı ve diğer haklar olsun aydınlatılmış onamın zaten hekim ile hasta arasında temel bir işleve sahip olduğu görülmektedir. Bunun yanı sıra aydınlatılmış onam etik açıdan ve hekim hasta ilişkisi açısından da benzer bir işleve öneme sahip olarak karşımıza çıkmaktadır. Psikoloji bağlamında ise aydınlatılmış onamın, hastanın özerkliği ve karar vermesi bakımından çok daha önemli olduğu kanısına varılmıştır. Bilhassa kendisi hakkında karar verme, verdiği kararlarını sonucu hakkında değerlendirme yapabilme gibi zihinsel yeterlilikleri gösterme konularında aydınlatılmış onamın nasıl yapılacağı ise kritik önem taşımaktadır.

Yukarıda bahsedilen tüm bu konuların yanı sıra iki mühim odak noktasına dikkat çekmekte fayda olduğu görülmektedir. Birincisi, psikolojik rahatsızlığı olan kişilerin, tedavi ve terapi süreçlerinde göstereceği bilişsel tutum ve yargıların aydınlatma üzerindeki etkisidir. Bu

⁹⁶ Neilson/Chaimowitz, s. 1.

bağlamda zaten zihinsel (bilişsel) problemlere sahip olan kişilerin dinleme, anlama ve kavrama gibi yetkinliklerinin ne kadar yerinde olduğuyula alakalı olarak aydınlatılmış onama da vereceği sağlıklı bir rıza anlayışı, gerçekten tartışılabilir. İkinci olarak da bilhassa psikoterapi süreçlerinin uzun süreli olması, kişilerin terapi süreçlerinde yaşadığı bilişsel ve duygusal değişimlerin, ilk etapta yapılan aydınlatmanın sonraki süreçler için ne kadar etkili ve geçerli olacağı sorusunu doğurmaktadır. Bu bağlamda ise zamana bağlı gelişecek olası değişimler ile aydınlatma arasındaki bağlantıyı iyi kurup tekrar aydınlatılmış onam alma gibi bir yola başvurulması gerekip gerekmediği üzerinde düşünülmesinde fayda vardır. Görüldüğü üzere aydınlatılmış onam, psikolojik bozuklukların doğası gereği, tedavi süreçlerindeki olası kritik durumlar, öznellik içermesi ve aynı zamanda hukuki sorumluluğun da bir parçası olarak ruh sağlığı profesyonellerinin karşısına zorlayıcı bir unsur olarak çıkabilmektedir. Ayrıca tedavi süreçleri sonucunda, hukuka uygun bir aydınlatılmış onamı bulunmayan hastada herhangi bir zarar meydana gelmesi durumunda, cezai ve hukuki olarak sorumluluk gündeme gelebilecektir.

Psikoloji ile hukukun iki farklı disiplin olarak aydınlatılmış onam konusunda kesiştiğini görmekle birlikte bu iki disiplinindeki uygulayıcıların konu ile ilgili kritik detayları tartışarak daha fazla çalışma ortaya koyması gerektiği düşünülmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Ateş Alpay/Algül Ayhan/Çetin Mesut/Semiz Başar, "Ruhsal Hastalıkların İlaç Tedavileri: Genel Özellikler" in Nevzat Yüksel (ed.), Temel Psikofarmakoloji, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, Ankara 2010.
- Beck Judith S., Bilişsel Terapi Temel İlkeler ve Ötesi (çeviren: Nesrin Hisli Şahin), 1. Basım, Türk Psikologlar Derneği Yayınları, Ankara 2001.
- Bersoff Donald N., Ethical Conflicts in Psychology, American Psychological Association Publishing, Washington 2006.
- Campbell Linda/Vasquez Melba/Behnke Stephan/Kinscherff Robert, APA Ethics Code commentary and case illustrations, American Psychological Association Publishing, Washington 2010.
- Çetin Şahabettin/Sözeri Varma Gülfizar, "Fiziksel Hastalıklarda Ruhsal Tepkiler ve Psikiyatrik görüşme" in Hayriye Elbi/Can Cimilli/Özen Ö. Sertöz/Çağatay Karşıdağ, ve Gülfizar Sözeri Varma (Yayına Hazırlayanlar), Konsültasyon Liyezon Psikiyatrisi, Cilt-1, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, Ankara 2019.

- Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara 2012.
- Francis Ronald D., *Ethics for Psychologists*, 2nd edn. British Psychological Society/Blackwell Publishing, United Kingdom 2009.
- Günler Zeynep, *İnsan Hakları Açısından Aydınlatılmış Onam*, 1th edn. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Hakan Hakeri, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri", *Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu*, İstanbul 2008.
- Kagee Ashraf/Freeman Melvin, *Mental health and physical health*, International Encyclopedia of Public Health, 3rd Edition, Elsevier Inc. 2023.
- Knapp Samuel J./Vande Creek Leon D., *Psikologlar İçin Pratik Etik: Pozitif Yaklaşım*, Mentis Yayınevi, Ankara 2010.
- Koocher Gerald P./Keith-Spiegel Patricia, *Ethics in Psychology and the Mental Health Professions Standards and Cases*, Oxford University Press Inc., New York 1998.
- Özcan Büyüktanır Burcu G./Okyar Dila, *Tıp Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2023.
- Savaşır Işık/Soygüt Gonca/Kabakçı Elif, *Bilişsel Davranışçı Terapiler*, Genişletilmiş 3. Basım, Türk Psikologlar Derneği Yayınları, Ankara 2003.
- Subaşı İlhan, *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*, Aydınlatılmış Onam, Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Türkçapar Hakan, "Depresyonda Bilişsel-Davranışçı Terapi" in Olcay Yazıcı/E. Timuçin Oral/Simavi Vahip (eds), *Depresyon Sağaltım Kılavuzu Kaynak Kitabı*, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, Ankara 2008.
- Üçok Alp/Soygür Haldun, *Şizofreni Tedavi Kılavuzu*, Güncellenmiş 2. Baskı, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, Ankara 2010.
- Von Goethe Johann Wolfgang, "Knowing Thyself Understanding Competence and Credentials" in Gerald P. Koocher/Patricia Keith-Spiegel (eds.), *Ethics Psychology and the Mental Health Professions Standards and Cases*, Oxford University Press Inc., New York 1998.

Makaleler

- Allen Nathan Gold/Khan Jeffrey Steven/Alzahri Mohammad Shami/Stolar Andrea Gail, "Ethical Issues in Emergency Psychiatry", *Emergency Medicine Clinics of North America*, 2015, Vol. 33, Issue 4, s. 863-874.
- Becker Sarah H. D./Forman Howard, "Implied Consent in Treating Psychiatric Emergencies", *Frontiers in Psychiatry*, 2020, Vol. 11, Article 127, s. 1-3.
- Blease Charlotte R./Arnott Tim/Kelley John M./Proctor Gillian/Kube Tobias/Gaab Jens/Locher Cosima, "Attitudes About Informed Consent: An Exploratory Qualitative Analysis of UK Psychotherapy Trainees", *Frontiers in Psychiatry*, 2020, Vol. 11, Article 183, s. 1-14.
- Gerke Leonie/Ladwig Sönke/Pauls Franz/Trachsel Manuel/Härter Martin/Nestorciuc Yvonne, "Optimized Informed Consent for Psychotherapy: Protocol for a Randomized Controlled Trial", *JMIR research protocols*, 2022, Vol. 11, No. 9, s. 1-11.

- Küçükay Alper, "Karar Vermenin Psikolojisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 9 Ankara 2018, S. 35, s. 607-640.
- Maçkalı Zeynep, "Ruhsal Bozukluklarda Bilgilendirilmiş Onam ve Onam Verme Kapasitesi", *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, 2014, C. 6, S. 3, s. 227-242.
- Neilson Grainne/Chaimowitz Gary, "Informed Consent to Treatment in Psychiatry", *Canadian Journal Psychiatry*, 2015, Vol. 60, No. 4. s. 1-11.
- Ozanoğlu Hasan Seçkin, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 52, S. 3, s. 55-77.
- Matthew M. Rice/Gregory P. Moore, "Management of the Violent Patient. Therapeutic and Legal Considerations", *Emergency Medicine Clinics of North America*, 1991, Vol. 9, Issue 1, s. 13-30.
- Pope Kenneth S./Tabachnick Barbara G., "Therapists' anger, hate, fear, and sexual feelings: National survey of therapist responses, client characteristics, critical events, formal complaints, and training", *Professional Psychology: Research and Practice*, 1993, Vol. 24, No. 2, s. 142-152.
- Rao Sathya/Broadbear Jillian, "Borderline personality disorder and depressive disorder", *Australasian Psychiatry*, 2019, Vol. 27, No. 6, s. 573-577.
- Skipworth Jeremy J./Dawson John/Ellis Pete M., "Capacity of forensic patients to consent to treatment" *The Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, 2013, Vol. 47, Issue 5, s. 443-450.
- Temel Erhan, "Alman Hukukunda Psikiyatri Hastası-Hekim İlişkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 61, S. 2, s. 773-808.
- Trachsel Manuel/Holtforth Martin Grosse, "How to Strengthen Patients' Meaning Response by an Ethical Informed Consent in Psychotherapy", *Frontiers in Psychology*, 2019, Vol. 10, Article 1747, s. 1-6.
- Santina Wheat/Dorothy Dschida/Mary R Talen, "Psychiatric Emergencies", *Primary Care*, 2016, Vol. 43, No. 2 s. 341-354.
- Van Staden Werdie C./Krüger Christia, "Incapacity to give informed consent owing to mental disorder", *Journal of Medical Ethics*, 2003, Vol. 29, s. 41-43.

Kararlar

- Canada Supreme Court Judgments, *Starson v. Swayze*, 2003 SCC 32, [2003] 1 S.C.R. at p 761 per Major J.
- Yargıtay Ceza Kurulu Kararı, 2020/14-420 E., 2021/277 K., 15.06.2021 T.
- Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Kararı, 2022/4339 E., 2023/3216 K., 10.10.2023 T.

İnternet Kaynakları

- APA Ethical Principles of Psychologists and Code of Conduct, <https://www.apa.org/ethics/code>. Erişim tarihi: 04.11.2023.
- British Association for Counselling and Psychotherapy. Ethical Framework for the Counselling Professions. (2018). <https://www.bacp.co.uk/media/3103/bacp-ethical-framework-for-the-counselling-professions-2018.pdf> Erişim tarihi: 04.11.2023.

- ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics (Version: 01.2023). <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f334423054>. Erişim tarihi: 09.11.2023.
- Mental Disorders, World Health Organization, https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders/?gclid=EAJaIQobChMI1aXP3d2zggMVVP_h3Ch0gfQ1vEAAYASAAEgIpsfD_BwE. Erişim tarihi: 08.11.2023.
- National Institute of Mental Health (NIMH), [https://www.nimh.nih.gov/health/topics/bipolar-disorder#:~:text=Bipolar%20disorder%20\(formerly%20called%20manic,three%20types%20of%20bipolar%20disaorder](https://www.nimh.nih.gov/health/topics/bipolar-disorder#:~:text=Bipolar%20disorder%20(formerly%20called%20manic,three%20types%20of%20bipolar%20disaorder). Erişim tarihi: 06.11.2023.
- The Organization of DSM-5-TR, American Psychiatric Association, <https://www.psychiatry.org/getmedia/0191c8c8-4151-4bde-9cba-263db78a2734/APA-DSM5TR-TheOrganizationofDSM.pdf>. Erişim tarihi: 09.11.2023.
- United Nations General Assembly Resolution (BM Genel Kurul Kararı) 46/119(BM 46/119 sayılı Genel Kurul Kararı). (1991). Principles for the protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/principles-protection-persons-mental-illness-and-improvement#:~:text=to%20the%20patient.-,5,be%20given%20without%20informed%20consent>. Erişim tarihi: 02.11.2023.
- What is Psychotherapy? American Psychiatric Association. <https://www.psychiatry.org/patients-families/psychotherapy>. Erişim tarihi: 27.11.2023.
- What is Schizophrenia? America Psychiatric Association, <https://www.psychiatry.org/patients-families/schizophrenia/what-is-schizophrenia#:~:text=Schizophrenia%20is%20a%20chronic%20brain,thinking%20and%20lack%20of%20motivation>. Erişim tarihi: 27.11.2023.

Diğer Kaynaklar

- Oğuz Yasemin, "Psikiyatride Onam ve Aydınlatılmış Onam", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara 1994.

DOĞAL AFET SİGORTALARI KURUMU'NUN (DASK) HUKUKİ DURUMU VE KAHRAMANMARAŞ DEPREMİ SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN GÜNCEL GELİŞMELER

THE LEGAL STATUS OF THE TURKISH NATURAL CATASTROPHE INSURANCE POOL (TCIP) AND CURRENT DEVELOPMENTS ARISING FROM THE KAHRAMANMARAŞ EARTHQUAKE

Vural SEVEN*

Özet: 6 Şubat 2023 tarihinde Kahramanmaraş'ın Pazarcık ilçesinde meydana gelen ve resmî açıklamalara göre 13 milyon kişiyi doğrudan etkileyen deprem felaketi, Doğal Afet Sigortaları Kurumu'nun (DASK) hukuki niteliği ve Zorunlu Deprem Sigortası'nda sigorta bedelinin tespitine ilişkin bazı tartışmaların doğmasına neden olmuştur. Bu çalışmada; Zorunlu Deprem Sigortası'nda uygulanacak hükümler çerçevesinde DASK'ın teşekkülü, hukuki durumu ve yapısı ile zorunlu deprem sigortasında diğer sigorta sözleşmelerinde olduğu gibi bilgilendirme yükümlülüğünün olup olmadığı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: DASK, Kahramanmaraş Depremi, Sigorta Şirketi, Zorunlu Deprem Sigortası

Abstract: On February 6, 2023, the earthquake disaster that occurred in the Pazarcık district of Kahramanmaraş, affecting directly around 13 million people according to official statements, has led to some discussions regarding the legal nature of the Turkish Natural Catastrophe Insurance Pool (TCIP) and the determination of the insurance amount in Mandatory Earthquake Insurance. In this study, within the framework of the provisions to be applied to Mandatory Earthquake Insurance, the establishment, the legal status, and the structure of TCIP, as well as whether there is an obligation to inform in Mandatory Earthquake Insurance as in other insurance contracts, will be examined.

Keywords: TCIP, Kahramanmaraş Earthquake, Insurance Company, Mandatory Earthquake Insurance

* Prof. Dr., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, seven@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8241-3196, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.03.2024, Kabul Tarihi: 19.03.2024

GİRİŞ

Aktif bir deprem kuşağında bulunan ülkemiz deprem riskiyle karşı karşıyadır ve meydana gelen depremler büyük hasarlara sebep olmaktadır. 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nun genel gerekçesinde de ifade edildiği gibi söz konusu riskler “katastrofik” niteliktedir. Başka bir ifadeyle gerçekleşmesi halinde yıkıcı etkileri söz konusu olmaktadır. Riskin, sunulan teminatın, ve bu teminatın karşılanması için gerekli olan kaynağın büyüklüğü Doğal Afet Sigortaları Kurumu gibi bir teşkilatın kurulmasını gerektirmiştir. Öyle ki, 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nun 1. maddesinde; binalarda deprem sonucu meydana gelebilecek maddi zararların karşılanması için yaptırılacak zorunlu deprem sigortasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla yasal düzenleme yapıldığı ifade edilmiştir. Aynı Kanun'un Doğal Afet Sigortaları Kurumu'nu düzenleyen 3. maddesinde ise; “*Bu Kanuna göre sunulacak sigorta ve reasürans teminatları, Bakanlık nezdinde kurulan kamu tüzel kişiliğini haiz Doğal Afet Sigortaları Kurumu tarafından verilir*” denilmiştir.

Böylece “Zorunlu Deprem Sigortası” ve bu sigorta teminatlarını sunmak üzere Doğal Afet Sigortaları Kurumu (DASK) teşekkül ettirilmiştir. “Zorunlu Deprem Sigortası”, adı üstünde, zorunlu bir sigorta türüdür ve zarar sigortası niteliğindedir. Ayrıca bina malikinin mülkiyet hakkından kaynaklanan menfaatini koruduğu gözetildiğinde bir mal sigortası olarak nitelendirilmelidir.

Bu çalışmada; DASK'ın hukuki durumu ile zorunlu deprem sigortasında sigorta bedeli ve diğer sigorta sözleşmelerinde olduğu gibi bilgilendirme yükümlülüğünün olup olmadığına dair sorulara, Zorunlu Deprem Sigortası'nda uygulanacak hükümler dikkate alınarak cevap aranacaktır.

I. DOĞAL AFET SİGORTALARI KURUMU'NUN (DASK) DOĞUŞU

Deprem zararlarının giderilmesine yönelik finansmanın sağlanması amacıyla yapılan ilk özel düzenleme, 4484 sayılı Kanun'la değişik 27.08.1999 tarihli ve 4452 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanılarak çıkartılan 587 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'dir. 587 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'yle, depremin doğrudan veya dolaylı

olarak neden olacağı zararları 10. maddede belirlenen tutara kadar teminat altına alan bir zorunlu deprem sigortası yapmak ve bu Kanun Hükmünde Kararname ile verilen görevi yerine getirmek üzere DASK kurulmuştur.

587 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'den sonra deprem ve diğer doğal afet risklerine karşı teminat sağlamak amacıyla DASK'ın işlevini ele alan kanun tasarıları hazırlanmıştır. En nihayetinde ise 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu kabul edilmiştir. 18/08/2012 tarihinde yürürlüğe giren Afet Sigortaları Kanunu'nun 15. maddesi ile 25.11.1999 tarih ve 587 sayılı Zorunlu Deprem Sigortası'na (ZDS) dair Kanun Hükmünde Kararname yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla bugün itibarıyla DASK'ın pozitif hukuktaki temelini 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu oluşturmaktadır.

6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nun DASK'ı tarif eden 3. maddesinde;

“(1) Bu Kanuna göre sunulacak sigorta ve reasürans teminatları, Bakanlık nezdinde kurulan kamu tüzel kişiliğini haiz Doğal Afet Sigortaları Kurumu tarafından verilir. Kurumun merkezi, teknik işleticinin idare merkezinin bulunduğu yerdir. Kurumun tescilli isim hakkı Müsteşarlığa aittir.

(2) Kurum ve gelirleri her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır.

(3) Kurum ile bu Kanun kapsamında gerçekleştirilen iş ve işlemler, 2/4/1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu, 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi değildir.

(4) Kurumun taşınır ve taşınmaz varlıkları ile diğer hak, gelir ve alacakları haczedilemez, Kurum iflas yoluyla takip edilemez. Kurumun süresinde ödenmeyen sigorta primi alacakları, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilir.

(5) Kurumun yıllık hesap, iş ve işlemleri ile harcamaları Müsteşarlık tarafından denetlenir. Müsteşarlık, Kurumun faaliyetlerine ve denetim sonuçlarına ilişkin olarak her yıl Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonuna bilgi verir.” denilmiştir.

Bu halde DASK'ı; "sosyal işlevi olan, kâr amacı gütmeyen, depremin ve depreme bağlı oluşan afetlerin devlete getirdiği mali yükü önemli ölçüde azaltmak amacıyla kurulan ve esas gelirlerini sigorta primleri ile bunlardan elde edilen mali gelirlerin oluşturduğu kamu tüzel kişiliğini haiz bir kurum" olarak tanımlamak mümkündür. 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nun 3. maddesinin gerekçesindeki tanım da bu yöndedir.

Yine 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nun genel gerekçesinde DASK'ın kuruluşu ve faaliyet amacı açıklanırken;

Zorunlu deprem sigortası uygulaması ile, konut sahiplerine konutları ile ilgili olarak, Devletin bütçe imkanları ile ilişkili olmaksızın ve maddi kayıpları derhal telafi eden somut bir güvence temin edilmektedir. Aynı zamanda, ödenen küçük miktardaki sigorta primleri yoluyla sosyal dayanışmanın gereği en iyi şekilde gerçekleştirilmiş olmakta, ülke çapında risk paylaşımı ve dayanışma sağlanmakta, yeterli iç kaynak birikimi sağlanuncaya kadar riskin belli bir kısmı reasürans yoluyla uluslararası piyasalara plase edilmekte, deprem nedeniyle Devlet bütçesi üzerinde oluşan mali yük azalacağından muhtemel ek vergiler önlenmiş olmaktadır. Deprem gibi katastrofik riskler, çok büyük boyutlarda teminat sunumunu ve bunu karşılamak üzere büyük kaynak birikimini gerektirdiği için bu tür risklere karşı riske maruz ülkelerde, sigortacılık terminolojisinde "sigorta havuzu" adı verilen teşkilatlanmalara gidilmektedir. DASK, sigortacılıktaki bu anlayış esas alınarak kurulmuş bir kurumdur. DASK'ın kendine özgü organizasyon yapısı, ülkemizde sık rastlanmayan kamu ve özel sektör iş birliğinin de en somut örneklerinden birini oluşturmaktadır. DASK'ın, işlerinin yürütülmesi için fiziki bir yapılanmaya ihtiyacı yoktur ve yönetim kurulu dışında hiçbir personeli bulunmamaktadır. Bunun yerine, etkinliğin artırılması ve maliyetlerin asgari düzeyde tutulması amacıyla tüm işlerini dışarıdan hizmet alımı şeklinde yürütmektedir" denilmiştir.¹

Bu açıklamalar dikkate alındığında DASK'ın bir sigorta şirketi olduğu söylenemeyecektir. Nitekim Sigortacılık Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının (p) bendi hükmünde yer alan tanıma göre, sigorta şirketi, "Türkiye'de kurulmuş sigorta şirketi ile yurt dışında kurulmuş sigorta şirketinin Türkiye'deki teşkilâtını, ifade eder". Keza, "Türkiye'de faaliyet gösterecek sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmuş olması şarttır" (SK m. 3/1).

¹ TBMM Bülteni, Dönem 24, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 224, s. 6-7.

Bununla birlikte, Yargıtay birçok kararında DASK'a yüklediği yükümlülüklerin hukuki gerekçesini TTK m. 18/2'de yer alan "basiretli tacir ilkesi"ne dayandırmaktadır.² Oysa bu gerekçe doğru bir gerekçe değildir. "... kamu tüzel kişileri ..., bir ticari işletmeyi ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar" (TTK m. 16/2). Diğer taraftan DASK'ın bir ticari işletme işlettiği de söylenemez, çünkü kâr amacı güden bir kuruluş değildir (Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir. (TTK m. 11/1)). Dolayısıyla bu kararın hükümlerine rağmen, DASK hakkında Türk Ticaret Kanunu'nun 18. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanması açık kanun hükmünün ihlalidir.

Sonuç olarak DASK, ticaret şirketi değildir, sigorta şirketi değildir, tacir değildir, bir kamu hukuku tüzel kişisidir.³

II. SİGORTACILIK KANUNU'NUN UYGULAMA ALANI

Sigortacılık Kanunu'nun 1. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "Sosyal güvenlik kurumları, Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketi

² Bkz. Yargıtay 17. HD, 31.10.2016, E. 2015/15888, K. 2016/9527.

³ Afet Sigortaları Kanunu'na Göre Dask'ın, Sigorta Şirketlerinden Temel Farklılıkları

- Bu Kanuna göre sunulacak sigorta ve reasürans teminatları, Bakanlık nezdinde kurulan kamu tüzel kişiliğini haiz Doğal Afet Sigortaları Kurumu tarafından verilir (m. 3).
- Kurum ve gelirleri her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır (m. 3/2).
- Kurumun taşınır ve taşınmaz varlıkları ile diğer hak, gelir ve alacakları haczedilemez, Kurum iflas yoluyla takip edilemez. Kurumun süresinde ödenmeyen sigorta primi alacakları, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilir (m. 3/4).
- Kurumun yıllık hesap, iş ve işlemleri ile harcamaları Müsteşarlık tarafından denetlenir (m. 3/5).
- Zorunlu deprem sigortası teminatı münhasıran Kurum tarafından verilir (m. 7/1).
- Kurum tarafından üstlenilen riskler için ulusal ve uluslararası piyasalardan uygun koşullarda yeterli koruma sağlanamaması hâlinde, Cumhurbaşkanınca belirlenecek kısmının uygun bir bedel karşılığında Devlet tarafından taahhüt edilmesine karar verilebilir (m. 8).
- Kâr amacı güden bir kuruluş değildir (m. 9).

ile bu Kanunun denetimle ilgili hükümleri hariç olmak üzere özel kanunlarına göre sigortacılık faaliyetinde bulunan diğer kuruluşlar bu Kanun kapsamında değildir”.

Madde kapsamından açıkça anlaşıldığı üzere, özel kanunlarına göre sigortacılık faaliyetinde bulunan diğer kuruluşlar, Sigortacılık Kanunu kapsamına dahil edilmemiştir. Doğal Afetler Sigorta Kurumu (DASK) ise, Afet Sigortaları Kanunu'na göre kurulmuş olduğundan Sigortacılık Kanunu'nun kapsamı dışındadır. Bunun sonucu olarak da DASK hem Sigortacılık Kanunu'na, hem de bu kanuna göre çıkarılmış alt mevzuata tabi değildir.

III. TÜRK TİCARET KANUNU'NUN ALTINCI KİTABI OLAN SİGORTA HUKUKU KİTABININ UYGULAMA ALANI

Türk Ticaret Kanunu altı kitaptan oluşmaktadır, her kitap hangi ilişkilere uygulanacağını da ayrı ayrı düzenlemiş durumdadır. Ticari işletme kitabında, ticari iş (TTK m. 3), tacir (TTK m. 12 vd.) ve ticari işletme (TTK m. 11) kavramları ön plana çıkmış, şirketler kitabında Türk Ticaret Kanunu'nun 126. maddesinde uygulama alanını belirlemiş, kıymetli evrak kitabında Türk Ticaret Kanunu'nun 645. maddesinde tanım verilmiş ve 653. maddede özel hükümler saklı tutulmuştur. Taşıma işleri kitabında Türk Ticaret Kanunu'nun 852. maddesindeki düzenlemeye yer verilerek uygulama alanı belirlenmiş, deniz ticareti bölümünde ise Türk Ticaret Kanunu'nun 935. maddesinde Kanun'un bu kitabının da uygulama alanı tespit edilmiştir. Başka bir ifadeyle, her kitap hangi tür ilişkilere uygulanacağını baştan tespit etmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun altıncı kitabı olan sigorta hukuku kitabı da uygulama alanını Kanun'un 1401. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre, Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukuku'na ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulması için ruhsat almış bir sigorta şirketinin bulunması şarttır. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesinin ikinci fıkrası hükmünde; *“Ruhsatsız bir şirket ile onun bu durumunu bilerek yapılan sigorta sözleşmeleri hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun 604 ve 605 inci maddeleri uygulanır...”* denilmiştir.

Burada ilk tespit edilmesi gereken *“şirket”*ten kastedilenin ne olduğudur. Gerekçeden de anlaşıldığı üzere burada kastedilen herhangi

bir şirket değil, sigorta şirkettir.⁴ Bilindiği üzere, sigorta şirketinin kurulması izne tabidir. Bununla birlikte kuruluş izni almış sigorta şirketinin sigorta sözleşmesi yapabilmesi için ayrıca ruhsat almış olması da gerekir. Bu nedenle kanun koyucu maddede izinden değil, ruhsattan bahsetmiştir. Sonuç olarak, izin almış bir sigorta şirketi vardır, ancak ruhsatı yoktur ya da ruhsatı sonradan iptal edilmiş olabilir. İşte bu durumda olan bir sigorta şirketi ile sigorta sözleşmesi yapan kişi, sigorta şirketinin ruhsatı olmadığını bilmiyorsa, yapılan sigorta sözleşmesi geçerli olarak kurulmuş olacak, ruhsatı olmadığını biliyorsa, sigorta sözleşmesine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 604. ve 605. maddeleri uygulanacaktır. Bununla birlikte ortada izin almamış bir şirket ya da herhangi bir kişi ile sigorta sözleşmesi yapılmış ise bu sözleşme Türk Borçlar Kanunu'nun 604. ve 605. maddelerine tabi olmayacak, tamamen geçersiz olacaktır.⁵ Maddedeki "şirket" ifadesi, izin almış fakat ruhsatı olmayan bir sigorta şirketi olarak değil de herhangi bir şirket olarak kabul edilirse, kendisini sigortacı olarak tanıtan ve bu durumunu (izni ve ruhsatı olmadığını) bilmeyen bir kişiyle yaptığı sözleşmeyi sigorta sözleşmesi kabul etmek gibi bir sonuç ortaya çıkar ki, aşağıda açıklanacağı üzere mevcut kurallar çerçevesinde bunun kabulü mümkün değildir.

Çünkü, Sigortacılık Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Sigorta şirketleri ve reasürans şirketleri, faaliyete geçebilmek için, faaliyet göstermek istedikleri her bir sigorta branşında Müsteşarlıktan ruhsat almak zorundadır...".

⁴ "...Maddenin ikinci fıkrası ise ruhsatsız bir sigortacı ile yapılan sözleşmelerin geçerliliği ile ilgili olup 6762 sayılı Kanunun 1263'üncü maddenin bir anlamında tekrarı mahiyetindedir. Ancak, düzenlemenin amacı, ruhsatsız faaliyete gösterilmesi olduğundan, 1263'üncü maddede dar kapsamlı ifade edilen "ruhsatname almamış" ifadesi, "ruhsatsız" şeklinde değiştirilmiştir. Dolayısıyla, ruhsatname almış olmakla birlikte daha sonra Sigorta Murakabe Kanununun ilgili hükümleri gereğince ruhsatı iptal edilmiş sigorta şirketleri de bu madde kapsamında değerlendirilecektir..." TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 96, s. 429.

⁵ Bu konuda Sigorta Murakabe Kanunu döneminde yazılmış makale için bkz. Tekin Memiş, Ruhsatnamesiz Bir Sigortacı ile Yapılan Sigorta Sözleşmelerinin Hukuki Durumu ve Çözüm Önerileri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı. Bununla birlikte, SMK'da sadece para cezası (m. 42) varken, SK'da hapis cezası da öngörülmüştür (35).

Keza Sigortacılık Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Bu Kanuna göre ruhsat almadan risk üstlenmek suretiyle sigortacılık faaliyetinde bulunan veya ticaret unvanlarında ya da her türlü belgeleri yahut ilan ve reklamlarında veyahut kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda bu Kanunda belirtilen kuruluşların adını kullanan, bu Kanunda düzenlenen faaliyetlerde buldukları izlenimini yaratacak söz ve işaretleri kullanan gerçek kişiler ve tüzel kişilerin yetkilileri, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ve altı yüz günden az olmamak üzere bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır". Ayrıca, "Bu Kanununun 3'üncü maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları kapsamında belirlenecek esaslara aykırı davranışlar ile 5 inci maddesine aykırı olarak ruhsatsız faaliyet gösterenlerin işyerleri, Bakanın talebi üzerine valiliklerce bir yılı geçmemek üzere geçici olarak kapatılacağı gibi ilan ve reklamları da durdurulur ya da toplatılır (m. 34/1)".

Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür".

Türk Borçlar Kanunu'nun 604. ve 605. maddeleri kumar ve bahse ilişkin hükümlerdir. Bilinenin aksine bu hükümler, kumar ve bahse hukuki geçerlilik kazandırmak için kabul edilmiş hükümlerdir. Bu hükümler olmasaydı, kumar oynamak kabahat,⁶ kumar oynatmak suç⁷ olduğundan, bu ilişkiler Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi gereği hükümsüz olacaktı. Kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu'nun 604. maddesi vd. hükümlerine yer vererek kumar ve bahse bir geçerlilik kazandırmış ve fakat bunları eksik borç olarak düzenlemiştir. Başka bir ifadeyle, kumar ve bahis için yapılan sözleşmeler geçerlidir, ancak ifası talep edilemez, ifa edilmiş ise geri istenemez.

Başka bir ifadeyle;

Ruhsat almış bir sigorta şirketi ile yapılan sözleşmelere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

⁶ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 34: "Kumar Madde 34- (1) Kumar oynayan kişiye, bin Türk Lirası idarî para cezası verilir".

⁷ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 228: "Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama Madde 228- (1) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden aşağı olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır. (6) Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır".

Ruhsatı olmayan bir sigorta şirketi ile yapılan sözleşmelere, sigorta ettiren bu durumu bilmiyorsa Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Ruhsatı olmayan bir sigorta şirketi ile yapılan sözleşmelere, sigorta ettiren bu durumu biliyorsa Türk Borçlar Kanunu'nun 604. ve 605. maddeleri uygulanacaktır.

Sigorta şirketi olmayan herhangi bir şirket (tüzel kişi) ya da gerçek kişi ile yapılan sözleşmeler ise Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi gereğince hükümsüzdür.

Ayrıca, TTK m. 1401/2'nin dışında, Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukuku kitabındaki diğer hükümlere de bakıldığında sigortacı sıfatı atfedilen kişinin, kural olarak bir ticaret şirketi olduğu ortaya çıkar. Aşağıdaki hükümlere dikkatli bakıldığında, bu hükümler ancak ticaret şirketleri/tacirler hakkında uygulanabilecek hükümler olduğu görülecektir. Kamu Tüzel kişisi olan ve iflasa tabi olmayan DASK hakkında bu hükümler uygulanamaz. Örneğin;

TTK m.1413/1 *"Sigortacının, konkordato ilan etmesi, ilgili sigorta dalına ilişkin ruhsatının iptal edilmesi veya sözleşme yapma yetkisinin kaldırılması gibi hâllerde; sigorta ettiren, bu olguları öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde sigorta sözleşmesini feshedebilir."*⁸

Sigortacının iflası TTK m. 1418, "1) Sigortacının iflası hâlinde sigorta sözleşmesi sona erer. Sigortacının iflasından önce ödenmeyen tazminatlar,

⁸ TTK m. 1413/1'e bakıldığında üç halin varlığı tespit edilir. Sigortacının;

- Konkordato ilan etmesi
- Ruhsatının iptal edilmesi
- Sözleşme yapma yetkisinin kaldırılması...

DASK, Kanunla kurulmuş olduğundan son ikisinin uygulanma imkânı DASK için geçerli değildir...Geriye kalan... Konkordato...bir an için DASK'a konkordato hükümlerinin uygulanabileceğini düşünelim;

Konkordato İİK m. 285 ve devamında düzenlenmiştir. Basitçe Borçlu haciz ve iflas tehlikesinden kurtulmak için bu yolu seçer, ya da iflas talebinde bulunabilecek alacaklı talep edebilir...

Peki, DASK'ın Konkordato talep etmesinin bir anlamı var mıdır ya da iflasını isteyebilecek bir alacaklısı var mıdır...? Yoktur, çünkü Afet Sigortaları Kanunu m. 3/4 Kurumun malları haczedilemez ve kurum iflas yolu ile takip edilemez. Ayrıca kanunda yazmasa dahi DASK tacir olmadığından iflas yoluyla zaten takip edilemez. Bu tür imtiyaz ise diğer sigorta şirketleri için geçerli değildir... Bu izah, madde Metin'inin kaşifine...!

özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, önce 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu gereğince sigortacı tarafından ayrılması gereken teminatlardan, sonra iflas masasından karşılanır.

(2) Hak sahipleri iflas masasına İcra ve İflas Kanununun 206'ncı maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen üçüncü sırada katılır."

Sigortacının iflası TTK m. 1506 "(1) Sigortacının iflasının açıldığı tarihte, bir yıldan uzun süreli sigortalarda, riziko gerçekleşmemiş veya gerçekleşmiş fakat bedel ödenmemişse, ilk hâlde iflasın açıldığı, ikincisinde ise rizikonun gerçekleştiği andaki matematik karşılıklar hak sahiplerine ödenir. Rizikonun gerçekleştiği durumlarda, matematik karşılıkları aşan kısım, sigortacının teminatından karşılanır; açık kalan miktar garameye girer".

IV. ZORUNLU DEPREM SİGORTASINA UYGULANACAK HÜKÜMLER

Yukarıda açıklandığı gibi DASK bir kamu hukuku tüzel kişisidir ve özel statüsü 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nda düzenlenmiştir. 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu'nun "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinin üçüncü fıkrasında; "Sosyal güvenlik kurumları, Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketi ile bu Kanunun denetimle ilgili hükümleri hariç olmak üzere özel kanunlarına göre sigortacılık faaliyetinde bulunan diğer kuruluşlar bu Kanun kapsamında değildir" denilmiştir. Bu itibarla 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun temel ilke ve esasları, bu kanuna göre çıkarılmış alt düzenlemeler (yönetmelik, talimat, genelge, tebliğ vb. gibi) DASK bakımından uygulanamayacaktır. DASK'ın sigortacılık faaliyeti yürütmeye yönelik bir ruhsatının bulunmaması da bu durumu ayrıca teyit etmektedir. Zira 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 5. maddesindeki sigorta şirketlerinin ruhsat alma zorunluluğuna dair düzenleme dahi DASK bakımından uygulanmamaktadır.

Keza, yukarıda açıklandığı üzere, bir sözleşmeye Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta kitabının uygulanabilmesi için, izin alarak sigorta şirketi olarak kurulmuş ve ruhsat almış bir şirketle akdedilmiş bir sözleşmenin mevcut olması gerekmektedir. O halde DASK bir kamu hukuku tüzel kişisi olduğundan, DASK'ın sağladığı sigorta teminatı bakımından Türk Ticaret Kanunu hükümleri de uygulanmayacaktır. Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesinin 2. fıkrasında yer verilmiş olan; "Ruhsatsız bir şirket ile onun bu durumunu bilerek yapılan sigorta

sözleşmeleri hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun 604 ve 605 inci maddeleri uygulanır. ..." hükmünün DASK'ın yaptığı sözleşmelere uygulanması da mümkün değildir.

Başka bir ifadeyle, DASK; ruhsatı bulunmayan, kanunla kurulmuş, kendine özgü istisnai bir kurumdur. DASK, bir sigorta şirketi değildir. Faaliyette bulunmak için ruhsatı da mevcut olmadığından, hatta ruhsata ihtiyacı da olmadığından, faaliyette bulunma hak ve yetkisini doğrudan kuruluş kanunundan aldığından, DASK tarafından yapılan zorunlu deprem sigortası sözleşmesi Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olmayacaktır. Bunun en önemli sonucu koruyucu hükümlerin uygulama alanı bulamamasıdır. Bununla birlikte ZDS bir özel hukuk sözleşmesidir. Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olmaması ZDS'yi bir özel hukuk sözleşmesi olmaktan çıkarmaz. Çözülmesi gereken sorun, bu özel hukuk sözleşmesine hangi hükümlerin uygulanacağına tespit edilmesidir.

A. Zorunlu Deprem Sigortasının Hukuki Niteliğine İlişkin Doktrindeki Görüşler

SOMER'e göre; *"Zorunlu sigorta olması itibariyle, deprem sigortasını, tamamıyla mal sigortalarına ilişkin ilkelere ve TTK'da yer alan mal sigortası hükümlerine tabi tutmak mümkün değildir. ... TTK hükümlerinin uygulanması bakımından fevkalade dikkatli davranmak gerekmektedir. TTK hükümleri, deprem sigortasının hukuki niteliğine ve ihdas amaçlarına uygun olduğu ölçüde uygulama imkanına sahip olacaktır..."*⁹

BOZER'e göre, *"Zorunlu deprem sigortasının sosyal ve özel sigorta niteliği tartışmalıdır. Belki bu sigorta türüne nev'i şahsına münhasır sigorta da diyebiliriz"*.¹⁰

KAYIHAN'a göre, *"DASK'ın tesisi ile sigorta hukukunun temel ilkelere aykırı düzenleme getirilmiştir ... böyle bir kurumun kurulması özel sigortanın prensipleri ile uyum içinde olduğu söylenemez"*.¹¹

⁹ Bkz. Mehmet Somer, "Zorunlu Deprem Sigortasının Özel Sigorta Hukukuna İlişkin Bazı Yönlerden Değerlendirilmesi", *Sigorta Hukuku Dergisi*, Ankara 2001, S. 1, s. 113-132.

¹⁰ Bkz. Ali Bozer, "Zorunlu Deprem Sigortası", *BATİDER*, Ankara 2001, C. XXI, S. 1, s. 243-254.

¹¹ Bkz. Şaban Kayıhan, "Zorunlu Deprem Sigortası", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2004, C. VIII, S. 1-2, s. 497 - 516.

ÜNAN'a göre, "Bu hükmün amacı, sigorta sözleşmesine ilişkin yasa hükümlerinin uygulama alanını (hangi sigorta sözleşmelerine uygulanacağını) hükme bağlamaktır. Burada asıl vurgulanmak istenen husus TTK'daki hükümlerin en başta «ruhsatlı sigorta şirketleri ile yapılan sözleşmelere» uygulanacağıdır. «Şirket» ve özellikle «sigorta şirketi» niteliğine sahip bulunmayan kişilerin (dernek, vakıf, kamu tüzel kişisi ve benzeri ile gerçek kişiler) hükmün uygulama alanı dışında bırakılmasına neden lüzum görüldüğü belirsizdir".¹²

YETİŞ ŞAML'I'ya göre, "Zorunlu deprem sigortasına ilişkin özel mevzuatta, TTK hükümlerinin uygulanmasına ihtiyaç bırakmayacak şekilde her konuda düzenleme getirilmiş değildir. Uygulanması gündeme gelebilecek bazı TTK hükümleri ise, bu sigortanın kimi özellikleriyle bağdaşmamaktadır. Aşağıda yeri geldikçe bunlara değinilecektir. Ayrıca TTK hükümlerinde sigortacı sıfatı atfedilen kişi, kural olarak bir anonim şirkettir. Dolayısıyla sigorta hukukuna ilişkin hükümler vaz edilirken sigortacı olarak göz önünde bulundurulmuş, bir ticaret şirkettir. Bu itibarla, TTK hükümleri, ancak zorunlu deprem sigortasının hukukî niteliğine ve ihdas amaçlarına uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır".¹³

Yargıtay da birçok kararında "...Sigorta sözleşmesine konu olan taşınmazın mesken niteliğinde bulunması nedeniyle temerrüt faizi olarak yasal faize hükmedilmesi gerekirken avans faizine hükmedilmesi isabetli görülmemiştir...".¹⁴ ifadesiyle zorunlu deprem sigortasının Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olmadığını dolaylı olarak kabul etmiş gözükmektedir. Şayet Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin doğrudan uygulanacağı kabul edilseydi, avans faizine hükmetmesi gerekirdi.

B. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Bu halde DASK ile girilen hukuki ilişkilerden doğan uyumsuzluklarda Afet Sigortaları Kanunu ve diğer ikincil mevzuatlar uygulanma-

¹² Bkz. Samim Ünan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, C.I, İstanbul 2016, s. 20-21.

¹³ Kübra Yetiş Şamlı, "Yargıtay Kararları Işığında Zorunlu Deprem Sigortasına İlişkin Bazı Sorunlar", Sorumluluk Hukuku Sempozyumu II - Bildiri Kitabı (Tam Metinler, 27-28 Nisan Antalya), İstanbul 2023, s. 97-144.

¹⁴ Örneğin, Yarg. 17. HD, 28.04.2015, E. 2014/17257, K. 2015/6181 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Yar. 17. HD, 26.03.2018, E. 2015/14505, K. 2018/3253 (Lexpera); Yarg. 17. HD, 09.07.2018, E. 2017/1670, K. 2018/6936 (Lexpera).

lıdır. Yine belirtelim ki, Afet Sigortaları Kanunu'nda Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanabilmesine imkân veren bir atıf hükmü de bulunmamaktadır. Özel kanun ve alt mevzuatta hüküm bulunmaması halinde ise 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "*Hukukun Uygulanması ve Kaynakları*" başlıklı 1. maddesi gereğince kıyasen yorum yapılarak Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Kanunu hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Hemen belirtelim ki, bir kanun hükmünün veya bu hükmün içinde bulunan ilkenin benzer bir olaya uygulanmasına kıyas denir. Kıyasen uygulama için mevcut olaya lafzen veya ruhen uygulanabilir bir hükmün yer almaması gerekir. Bunun yanında kıyasen uygulama yapılabilmesi için çözümü gereken olay ile kıyas yoluyla uygulanacak hükme esas teşkil eden menfaatler durumu arasında benzerlik bulunması gerekir. Bu şekilde kıyas yoluyla uygulanacak hükmün ancak mevcut durum karşısındaki benzerlik ölçüsünde uygulanması yoluna gidilebilecektir. O halde kıyasen Türk Ticaret Kanunu hükümlerine başvurulurken Zorunlu Deprem Sigortası'nın hukuki niteliğine ve bu sigortanın oluşturulma amacına uygun hareket etmek gerekmektedir.

Kahramanmaraş depremiyle ilgili Sigorta Tahkim Komisyonu'na yapılan başvurular sonucunda verilen hakem kararlarına bakıldığında, "*...TTK'nun sigorta hukuku kitabında 219 adet sigortacı ifadesi geçtiğini, iki yerde sigorta şirketi ifadesinin geçtiği..., ... Yargıtay'ın istikrarlı kararlarına göre, TARSİM ve Güvence Hesabı'na TTK hükümlerinin uygulandığı...,*" gerekçelerine yer verildiği görülmüştür.

Türk Ticaret Kanunu'nun "*sigortacı*" sıfatını attettiği kişi, kural olarak bir ticaret şirkettir.¹⁵

İlk olarak belirtmek gerekir ki, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde kanunun taraflar için kullandığı sözcüklere bakılarak uygulanacak hükümler tespit edilemez (Ayrıca bkz. TBK m. 19). Başka bir ifadeyle sadece kanun koyucunun taraflar için kullandığı sözcükler, uygulanacak kuralları belirlemeye yetmez. Satıcı, kiracı, taşıyıcı, şirket, ortak gibi sözcükler kanun koyucu tarafından sıklıkla kullanılan sözcüklerdir. Örneğin Türk Ticaret Kanunu'nun 23.

¹⁵ Bkz. Kerim Atamer, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca "Zarar Sigortaları"na Giriş", *BATİDER*, C. XXVII, Sayı 1, Yıl 2011, S. 45.

maddesinin satım veya mal değişimi sözleşmelerine uygulanabilmesi için, tarafların alıcı ya da satıcı sıfatına sahip olması yetmez, ayrıca tacir sıfatına da sahip olmaları gerekir. Keza, taşıma sözleşmesinin yüklenicisi taşıyıcı/taşıyan olarak adlandırılmaktadır. Hem Türk Ticaret Kanunu'nda hem de Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda, taşıma sözleşmesinin yüklenicisi için "taşıyıcı" sıfatı kullanılmaktadır. Kişinin bu taşıyıcı sıfatına bakılarak, yapılan taşıma sözleşmesine hangi hükümlerin uygulanacağı tespit edilemez. Ayrıca, taşımanın hangi araçla yapıldığını da tespit etmek gerekir. Taşıma karada yapılmışsa Türk Ticaret Kanunu hükümleri, havayolu ile yapılmışsa Türk Sivil Havacılık Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Gemi kira sözleşmesine Türk Ticaret Kanunu'nun 1119. maddesi ve devamı hükümleri uygulanırken, diğer kira sözleşmelerine Türk Borçlar Kanunu'nun 299. maddesi ve devamı hükümleri uygulanacaktır. Oysa, her iki kanun da kiracı ve kiraya veren sözcüklerini kullanmıştır. Başka bir ifadeyle bir sözleşmenin, sigorta sözleşmesi ya da taşıma sözleşmesi veya kira sözleşmesi olarak ifade edilebilmesi için hepsine aynı kanun hükümlerinin uygulanması gerekli ve zorunlu değildir. DASK ve TARSİM'in yaptığı sözleşmelerin sigorta sözleşmesi olarak adlandırılması, onlara Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucunu doğurmaz, bunlara uygulanacak hükümler farklı olabilir. Sonuç olarak, bilgisayar programının verdiği kolaylıktan yararlanarak, *metinden* sözcük taratarak bir karara gerekçe oluşturmak, yani kanunun sözleşmelerin tarafları için kullandığı sözcüklere bakarak hangi hükümlerin uygulanacağını tespit etmek kişiyi yanıltıcı sonuçlara ulaştırır. Ayrıca, bu durum herkesin günümüzde sıklıkla yaptığı, ("*Google'lama*") arama motorlarından hastalığına ya da hukuki sorununa çare aramaya benzemektedir. Bu gerekçeye ya da yönetime dayanarak karar vermek, ancak hukuktan nasibini almamışlar için söz konusu olabilir.

İkinci olarak, Güvence Hesabı sigorta teminatı veren veya sigorta sözleşmesi akdeden bir sigorta şirketi ya da kuruluşu/kurumu değildir. Güvence Hesabını, DASK ile kıyaslamak çok sığ bir sigorta hukuku bilgisinin göstergesinden başka bir şey değildir. Kaldı ki, mevcut hükümlere göre, Güvence Hesabı'nın tüzel kişiliği hukuken sakattır. Çünkü, Güvence Hesabına tüzel kişilik bir yönetmelik ile verilmiştir. Oysa, Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca "*Kamu tü-*

zel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur".¹⁶ Güvence Hesabı'nı düzenleyen Sigortacılık Kanunu'nun 14. maddesinde, kanunun verdiği açık bir yetkiden bahsedilemez. Karayolları Trafik Kanunu'nun Garanti Fonu'na ilişkin mülga 108. maddesinde "...Garanti Fonu oluşturulur... Bu fonun kuruluşuna, işleyişine ilişkin esaslar... yönetmelikte gösterilir..." ifadelerine yer verilirken, mevcut Sigortacılık Kanunu'nun 14. maddesinde de aynı ifadeler mevcuttur ("...Güvence Hesabı oluşturulur.... Hesabın kuruluşuna, işleyişine.... ilişkin esaslar yönetmelikle düzenlenir..."). Ancak, Garanti Fonu tüzel kişiliğe sahip değilken, Güvence Hesabına anayasaya aykırı olarak yönetmelik ile tüzel kişilik verilmiştir.

TARSİM'in hukuki durumuna bakıldığında ise, bir kamu hukuku tüzel kişisi olduğu tespit edilecektir. Bununla birlikte, DASK'tan farklı olarak Tarım Sigortaları Kanunu'nun 3. fıkrasının (e) bendinde "Tarım sigortaları: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1316 ilâ 1319 uncu maddelerinde belirtilen sigortalar ile bu Kanun kapsamına alınan sigortaları ... ifade eder" hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2012 tarihine kadar, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1316 ilâ 1319 uncu maddelerinde düzenlenen zirai sigortalara ilişkin hükümlerinin uygulanmasında bir sorun yoktur (Ayrıca bkz. 6103 sayılı Kanun m. 39 ve 40).

Bununla birlikte, günümüz açısından bakıldığında, TARSİM tarafından yapılan tarım sigortalarına da doğrudan Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta hukuku hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Çünkü, Tarım Sigortaları Kanunu'nun 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na yapmış olduğu atıf kanunun tamamına değil, hatta mal sigortalarına değil, sadece zirai sigortalara ilişkin dört maddeye yapılmıştır. Bu açık durum nedeniyle, yapılan atfın sigorta hukuku kitabının tamamına yapılmış olduğu kabul edilemez. Keza, amir hükümlere ilişkin mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1264. maddesine de atıf yapılmış değildir. Bugün açısından bakıldığında anılan hükümler yürürlükte değildir. Bu takdirde sorun nasıl çözülecektir? Sorunun çözümü, 6103 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hak-

¹⁶ 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle, bu fıkrada yer alan "ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak" ibaresi "kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle" şeklinde değiştirilmiştir.

kında Kanun'un yollamalar kenar başlığı ile düzenlenen 7. Maddesine göre yapılacaktır.

Bu maddeye göre, "Bu Kanununun ve Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, 6762 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırılan veya değiştirilen maddelerine diğer mevzuat tarafından yapılmış bulunan yollamalar, Türk Ticaret Kanunu'nda o maddeleri karşılayan hükümler varsa onlara yapılmış sayılır. Aksi hâlde, hâkim 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesini uygular. Birinci cümle hükmü, esas sözleşmeler dahil, her çeşit sözleşme, taahhütname, beyan ve benzeri metinlerdeki eski hukuka yapılmış olan yollamalar için de geçerlidir".

Artık 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda zirai sigortalara ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle bu hükümleri karşılayan maddeler bulunmadığından, Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Bunun sonucu olarak, Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta hukuku kitabı hükümlerinin, TARSİM tarafından yapılan tarım sigortalarına doğrudan uygulanması mümkün değildir. Bu hükümler ancak kıyasen uygulanabilecektir.

Dolayısıyla mevcut kanuni düzenlemeleri bir tarafa bırakarak, kerameti kendinden menkul kararlara göre, DASK'ı, TARSİM'i ve Güvence Hesabı'nı bir sigorta şirketi olarak değerlendirip, yaptığı işi standart bir sigorta sözleşmesi olarak görmek hukuken mümkün değildir.

Keza, Almanya'da, Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun (*Versicherungsvertragsgesetz (VVG)*) 209. maddesinde yer alan "Bu Kanun [VVG] hükümleri reasürans sözleşmelerine ve deniz yolculuğu tehlikelerine karşı sigortalara (Deniz sigortalarına) uygulanmaz" hükmü gereğince, deniz sigortaları Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulama alanından çıkarılmıştır. Yine Avusturya'da da paralel olarak Avusturya Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun 186. maddesinde reasürans sözleşmeleri ve deniz sigortaları Avusturya Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulama alanı dışında tutulmuştur. Sonuç olarak kanun koyucunun, benzer hukuki ilişkileri farklı hükümlere tabi tutması mümkündür.

Bu açıklamalarımız sonrasında zorunlu deprem sigortasını, kıyasen Türk Ticaret Kanunu'nda esasları belirtilen ilkelere göre tasnif

etmek gerekirse, şu tespitlere ulaşmak mümkündür. Bilindiği üzere, sigortalar, zarar sigortaları ve can sigortaları olarak ayrılmaktadır. Zorunlu deprem sigortasının bu tasnifte zarar sigortaları arasında yer aldığı açıktır. Zarar sigortaları ise kendi içinde, aktif ya da pasifin teminat altına alınmasına göre mal sigortaları ve sorumluluk sigortaları olarak ikiye ayrılmaktadır. Deprem sigortası, kişinin aktifini teminat altına aldığına göre mal sigortası olacağı ve sorumluluk sigortası olmayacağı da ortadadır. Türk Ticaret Kanunu'nda ise "zorunlu mal sigortası" hakkında herhangi bir düzenleme yoktur. Türk Ticaret Kanunu'ndaki zorunlu sigortaya ilişkin mevcut düzenlemeler yalnızca "Zorunlu Sorumluluk Sigortaları" ile ilgilidir. Bu itibarla Türk Ticaret Kanunu'nun "Zorunlu Sorumluluk Sigortaları" hükümlerinin doğrudan zorunlu mal sigortası niteliğinde "Zorunlu Deprem Sigortası"na uygulanması da mümkün değildir. Zira sorumluluk sigortasının esasları ile mal sigortasına ilişkin esaslar birbirinden tamamen farklıdır. Tür olarak bakıldığında "Zorunlu Deprem Sigortası" -adı üstünde- zorunlu bir sigorta türüdür ve zarar sigortasının alt türü olan zorunlu mal sigortası niteliğindedir (Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2016/6863, K. 2016/9552 T. 14.12.2016).

Ayrıca belirtelim ki, 13 Mayıs 2011 Tarihli ve 27933 Sayılı Resmî Gazete'nin Tebliğler bölümünde Sigortacılık Denetleme ve Düzenleme Kurumu tarafından Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları¹⁷ yayımlanmıştır. Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları'nda 29/12/2012¹⁸ ve 31/12/2015¹⁹ tarihlerinde değişikliğe gidilmiştir. Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları'nın idare tarafından hazırlanması nedeniyle teknik açıdan diğer genel şartlar gibi "genel işlem şartları" niteliğinde olduğu da söylenemeyecektir. Anılan genel şartlar, idare hukukundaki "düzenleyici işlem"²⁰ niteliğindedir²¹. Bu açıdan, Zorunlu Deprem Si-

¹⁷ RG, 13.05.2011, S. 27933.

¹⁸ Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlarında Değişiklik Yapılmasına İlişkin Genel Şartlar (RG, 29.12.2012, S. 28512).

¹⁹ Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (RG, 31/12/2015, S. 29579 4. Mükerrer).

²⁰ "Zorunlu" Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının bazı kısımlarının iptaline yönelik verilen Anayasa Mahkemesi iptal kararında genel şartların idarenin düzenleyici işlemleri niteliğinde olduğuna dikkat çekilmiştir. AYM, 17.07.3030, E. 2019/40, K. 2020/40 (RG, 09.10.2020, S. 31269).

²¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Tekin Memiş, "Sigorta Poliçesi Genel Şartlarının

gortası Genel Şartları'nın özel hukukta belirtildiği şekilde "genel işlem şartı" olarak nitelendirilmesi mümkün olmayıp, idarenin görev ve işleyişine ilişkindir. Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları'nın denetiminin Danıştay'ın yetki alanında olması da bu tespiti teyit etmektedir.

V. ZORUNLU DEPREM SİGORTASINDA SİGORTA BEDELİNİN TESPİTİ

A. Zorunlu Deprem Sigortasında Sigorta Bedelinin Tespitine İlişkin Doktrindeki Görüşler

Konuyla ilgili yayınlanmış güncel makalelere bakıldığında, doktrindeki zorunlu deprem sigortasında sigorta bedelinin tespitine ilişkin görüşlerin aşağıdaki gibi olduğu tespit edilmektedir:

ÜNAN/KONFİDAN, "... Zorunlu trafik sigortasındaki bu çözümün aradaki benzerlik dolayısıyla zorunlu deprem sigortasında da benimsenmesinin doğru olacağı düşüncesi akla gelebilir. Bu iki sigorta arasındaki fark, zorunlu deprem sigortası hakkında (yeni teminat limitlerinin mevcut poliçelere de uygulanacağına ilişkin) açık bir düzenlemenin bulunmamasıdır..."²²

YETİŞ ŞAMLI, "... Şu halde zorunlu deprem sigortasında sigorta süresi içinde teminat limitinin artmasının mevcut sözleşmelere kendiliğinden etkisinin olmadığı; ancak prim farkı ödenerek teminat artış zeyli yapılırsa mevcut sözleşmedeki teminat limitinin yükseltilebileceği sonucuna varılmalıdır. Nitekim DASK'ın zeyilname düzenlenmeksizin ve ek prim alınmaksızın değişen tarife göre otomatik olarak ödeme yapacağına ilişkin hiçbir hukuki dayanak bulunmadığı ifade edilmektedir"²³

DEMİRCİ, "... Bazı zorunlu sorumluluk sigortalarında olduğu gibi, güncellenen tarife bedellerinin ek prim almaksızın doğrudan tüm sigortalılar açısından uygulanacağına ilişkin açık bir hükme ZDS açısından yer verilmemiştir..., Bahse konu düzenlemeler ışığında, güncellenen tarifede belirtilen teminat limitlerinin zeyilname düzenlenerek ek prim ödenmesi suretiyle

Hukuki Mahiyeti ile İlgili Tartışmaların Sonu mu?", Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8. Sayı 16, Aralık 2022, s. 247-265.

²² A. Samim Ünan/Melisa Konfidan, "Deprem Rizikosuyla İlgili Bazı Sigorta Hukuku Sorunları", Deprem Özel Hukuk ve Kamu Hukuku Açıklarından Değerlendirilmesi, İstanbul 2023, s. 34.

²³ Yetiş Şamlı, s. 130-131.

geçerli olacağı kabul edilse de bu noktada TTK m.1425/3 hükmünün uygulanması gereklidir. ZDS piyasa koşulları dahilinde gerçek zarar bedelini karşılamaktan uzak olmasına karşın, azami teminat limitlerinde yapılan artışlardan sigortaluları mahrum kılmak, sigortanın ve DASK'ın amacıyla örtüşmemektedir. Bu nedenle, DASK en geç güncellenen tarifenin yürürlük tarihinden itibaren hak düşürücü nitelikteki sekiz gün içinde prim farkını istemek suretiyle sigortalının lehine olan değişikliği hemen ve doğrudan uygulamalıdır. Sigorta ettiren prim farkını kabul ederse sözleşme değişecek; kabul etmez veya talebe yanıt vermezse sözleşme önceki şekliyle yürürlükte kalacaktır. Prim farkının istenmesi DASK'ın sorumluluğunda olduğundan, böyle bir talebin iletilmediği hallerde değişikliğin sigortalı lehine uygulanması gerekecektir".²⁴

ÖZBASAN, "...Yani ZDS tarifesinde, tarife değişikliği hallerinde zeyilnamenin gerekli olup olmadığına ilişkin hiçbir düzenleme yer almamaktadır..., ...Bu haliyle ZDS bir rayiç değer esaslı sigorta niteliğindedir..."²⁵

B. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

İlk olarak belirtmek gerekir ki, yukarıda verdiğimiz, dört görüşün tamamı da DASK'ın zeyilname düzenlenmeksizin ve ek prim alınmaksızın değişen tarifeye göre otomatik olarak ödeme yapacağına ilişkin mevzuatında hiçbir hukuki dayanak bulunmadığı kabul etmişlerdir. Genel şartlar ve tarifelerde olmayan bir düzenleme yargı/hakem kararı ile doldurulabilir mi...? Cevap verilmesi gereken soru budur.

Ülkemizde de 25.11.2022 tarihinde yapılan değişiklik genel şartlarda değil, Zorunlu Deprem Sigortası tarifesinde yapılmıştır.

Bugün yürürlükte olan tarife ve talimat tebliği, 31.12.2016 tarihli ve 29935 (3. mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimat Tebliği'dir. Tebliğ'in 3. maddesinde azami teminat tutarı belirtilmiştir.

"Azami teminat tutarı

MADDE 3 –

²⁴ Serdar Demirci, "Deprem Riskine İlişkin Sigorta ve Tazmin Sürecine Dair Güncel Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Deprem Özel Sayısı, 2. Cilt, s. 38-40.

²⁵ Kâmil Özbasan, "Zorunlu Deprem Sigortasında Sigorta Bedeli Kavramı ile Tarife Değişikliğinin Tazminat Tutarına Etkisine İlişkin Hukuki İnceleme", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 97 Sayı 2, Yıl 2023, s. 213-214.

(1) *Zorunlu Deprem Sigortası kapsamında, bir mesken için verilebilecek azami teminat tutarı yapı tarzı ayırımı yapılmaksızın 170 bin TL'dir".*

Aşağıda Resmî Gazete'de yayımlanma tarihleri ve sayıları yer alan değişiklik yapılmasına ilişkin tebliğlerle birlikte azami teminat tutarları SEDDK/idare tarafından HER YIL yükseltilmiştir. 31.12.2016 tarihli ve 29935 (3. mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimat Tebliği; belirtildiği üzere 17.01.2018, 07.09.2019, 27.12.2019, 19.01.2021, 17.11.2021 ve 25.11.2022 tarihlerinde olmak üzere 6 kere değiştirilmiştir. 27.12.2019 tarihinden önceki tebliğlerde ek prim alınmaksızın güncel tarifeden yararlanılacağına ilişkin geçici bir madde bulunmamaktadır. Ancak 27.12.2019, 19.01.2021 ve 17.11.2021 tarihli tebliğlerde prime ilişkin herhangi bir işlem yapılmaksızın güncel tarifeden yararlanılacağı idare tarafından açıkça hüküm altına alınmıştır.

27/12/2019 tarihli ve 30991 sayılı RG, Geçici m.1:

"Bu maddeyi ihdas eden Tebliğin yayımı tarihi öncesinde akdedilen ve teminat başlangıç tarihi 1/1/2020 ve sonrası olan sigorta sözleşmeleri, herhangi bir ek prim alınmaksızın bu Tebliğ kapsamındaki teminatlara tabidir".

19/1/2021 tarihli ve 31369 sayılı RG, Geçici m.3:

"Bu maddeyi ihdas eden Tebliğin yayımı tarihinden önce akdedilen ve teminat başlangıç tarihi 1/1/2021 ve sonrası olan sigorta sözleşmeleri, prime ilişkin herhangi bir işlem yapılmaksızın bu Tebliğ kapsamındaki teminatlara tabidir".

17/11/2021 tarihli ve 31662 sayılı RG, Geçici m.4:

"Bu maddeyi ihdas eden Tebliğin yayımı tarihinden önce akdedilen ve teminat başlangıç tarihi 1/1/2022 ve sonrası olan sigorta sözleşmeleri, prime ilişkin herhangi bir işlem yapılmaksızın bu Tebliğ kapsamındaki teminatlara tabidir".

Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından 25.11.2022 tarihli ve 32024 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimat Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'de ise bu geçici madde yer almamaktadır.

Kaldı ki; tarife ve talimatları tebliğ eden idare olan Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun 27.02.2023

tarihli “Zorunlu Deprem Sigortası Kapsamında Doğal Afet Sigortaları Kurumu Tarafından Yapılacak Avans Ödemelerine İlişkin Genelge”sinde yer alan 1. ve 2. örneklerde sigorta başlangıç tarihleri 25.11.2022 tarihi öncesinde olmasına rağmen örneklerde sigorta bedellerinin yükseltilmediği açıktır. Ayrıca 5. ve 6. örneklerde de açıkça prim farkı ödenmek koşuluyla teminat artış zeyli yapılmasına da vurguda bulunulmuştur.

Bu kapsamda tarife artışının otomatik olarak uygulanacağını kabul etmek, yargı/hakem kararıyla adeta idarenin yerine geçerek idari işlem niteliğinde karar vermek anlamına gelir. Verilecek böyle bir karar; Anayasa’nın 125. maddesinin dördüncü fıkrasına açıkça aykırı olacaktır.

Anayasa’nın 125. maddesine göre yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Zorunlu Deprem Sigortası yapmak ile görevli olan DASK’ın zeyilname düzenlenmeksizin ve ek prim alınmaksızın değişen tarifeye göre otomatik olarak ödeme yapacağına ilişkin hukuki bir dayanak olmamasına rağmen, mahkemeler ve hakemler tarafından idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak şekilde karar verilmesi Anayasa’nın 125. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırıdır.

Ayrıca, Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 18. maddesinde SEDDK’nın düzenleyici işlem yapabileceği açıkça hüküm altına alınmıştır.²⁶ Ayrıca anılan Kararname’nin 19. maddesinde de sigortacılık ve özel emekliliğe ilişkin olarak Bakanlık’a, kapatılan Sigortacılık Genel Müdürlüğü’ne ve Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığı’na yapılan atıfların Kurum’a, Bakan’a yapılan atıfların Kurul’a yapılmış sayılacağı belirtilmiştir.²⁷

²⁶ Düzenleme yetkisi
Madde 18- (1) Kurum, bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve ilgili diğer mevzuat uyarınca görev, yetki ve sorumluluk alanına giren konularda Kurul kararıyla düzenleyici işlemler yapabilir.

²⁷ Atıflar
Madde 19- (1) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde yer alan görev ve yetkiler kapsamında diğer mevzuatta sigortacılık ve özel emekliliğe ilişkin olarak Bakanlığa, kapatılan Sigortacılık Genel Müdürlüğüne ve Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığına yapılan atıflar Kuruma, Bakana yapılan atıflar Kurula yapılmış sayılır.

Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesinin üçüncü fıkrasında Kurum'un kararlarının yerindelik denetimine tabi tutulamayacağı açıkça belirtilmiştir.²⁸

Sonuç olarak, tarife düzenlemeleri, DASK tarafından değil Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenerek yürürlüğe konulmaktadır. Bu itibarla 25.11.2022 tarihli tarife değişikliği yapılırken geçici istisnai hükme yer verilmemiş olması ile ilgili DASK açısından menfi/müspet bir değerlendirme de yapılamayacaktır. Konu tamamen, kamu yararına yönelik zorunlu tutulmuş bir sigorta türünde, sigorta tarafları açısından bağımsız konumda olan ve kanundan aldığı düzenleyici işlem yapma yetkisine dayanarak düzenleme yapan ve kamu kurumu niteliğindeki Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun bir tasarrufudur.

İkinci olarak, ÜNAN/KONFİDAN ve DEMİRCİ, olaya TTK m. 1425/3'ün uygulanması gerektiğini ifade etmişlerdir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1425/3 maddesi hükmünün; *"Kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, genel şartlarda sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın lehine olan bir değişiklik hemen ve doğrudan uygulanır. Ancak, bu değişiklik ek prim alınmasını gerektiriyorsa, sigortacı değişiklikten itibaren sekiz gün içinde prim farkı isteyebilir. İstenilen prim farkının sekiz gün içinde kabul edilmemesi hâlinde sözleşme eski genel şartlarla devam eder"* uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.

Ancak yukarıda yer verilen gerekçelerle Türk Ticaret Kanunu'nun 1425. maddesinin üçüncü fıkrasının DASK aleyhine, sigortalı lehine uygulanması mümkün değildir. Zira her şeyden önce Türk Ticaret Kanunu'nun 1425. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü genel şartlara ilişkindir. Zorunlu Deprem Sigortası kapsamında sağlanan teminat ise genel şart değişikliği ile değil; her yıl Resmî Gazetede yayınlanan tarife ve talimatlar ile yapılmaktadır.

²⁸ Kuruluş

Madde 3- (3) Kurum, bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve ilgili mevzuatla kendisine verilen görev ve yetkileri kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getirir ve kullanır. Kurumun kararları yerindelik denetimine tabi tutulamaz. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi Kurumun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez.

Hem Sigortacılık Kanunu'nda hem de Afet Sigortaları Kanunu'nda genel şartlar ile tarife ve talimatlar farklı maddelerde düzenlenmiştir. Bu düzenleme bile genel şartlar ile tarife ve talimatların birbirinden farklı olduğunun en önemli göstergesidir. Her şeyden önce, genel şartlar ile tarife ve talimatlar aynı hukuki nitelikte değildir. Hem Sigortacılık Kanunu hem de Afet Sigortaları Kanunu'nda genel şartlar ile tarife ve talimatlar ayrı hukuki şartlara tabidir ve ayrı maddelerde düzenlenmiştir. (Bkz. Sigortacılık Kanunu'nda genel şartlar 11. maddenin birinci fıkrasında, tarifeler ise 12. maddede düzenlenmiştir. Afet Sigortaları Kanunu'nda ise genel şartlar 13. maddenin üçüncü fıkrasında, tarife ve talimatsa 13. maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiştir).

ZDS'nin bir rayiç değer sigortası olarak değerlendirilmesine bakıldığında; bu değerlendirme, ZDS'nin kasko sigortası ile karıştırıldığını düşünmemize yol açmıştır. Hem kasko sigortası genel şartlarında hem de poliçelerinde, sigortanın rayiç değer üzerinden olduğu açıkça yazılmıştır. Oysa, ZDS genel şartlarında bu tür bir ibare olmadığı gibi, ZDS poliçelerinde, "...DASK, sigortalı/sigorta ettirenin beyanı doğrultusunda bu poliçede yazılı olan bağımsız bölümü/meskeni, Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları doğrultusunda azami yukarıda yazılı sigorta bedeline kadar sigorta eder." ifadesine yer verilmiştir ve sigorta bedeli rakamsal olarak açıkça yazılmıştır.

Kaldı ki, isteğe bağlı deprem teminatı sağlayan yangın sigortası yaptıranlara, zorunlu deprem teminatı bakımından da enflasyona karşı koruma verilmeye başlandığı görülmektedir.²⁹ ZDS rayiç değer sigortası ise, zorunlu deprem teminatı bakımından da enflasyona karşı

²⁹ "... isteğe bağlı deprem teminatı sağlayan yangın sigortası yaptıranlara, zorunlu deprem teminatı bakımından da enflasyona karşı koruma verilmeye başlandığı görülmektedir. Bu uygulama özellikle DASK'ın sorumluluğunun (yeni daha yüksek teminat limitleri yürürlüğe konmuş olsa dahi) poliçede yazılı sigorta bedeli ile sınırlı olacağı görüşü benimsendiğinde önem kazanmaktadır". Bkz. Ünan/Konfidan, s. 17; "...2.2.12.3. Zorunlu Deprem Sigortasına İlişkin Enflasyon Uygulama Klozu Deprem ve Yanardağ Püskürmesi teminatı için, sigortalı binanın Zorunlu Deprem Sigortası ile teminat altında bulunan kısmı da ihtiyari deprem sigorta bedelinin tabi olduğu oranda enflasyona karşı koruma altına alınmıştır. Bu kapsamda sağlanan teminat tutarı, poliçe üzerinde belirtilen "DASK Enflasyon Koruması" limiti ile sınırlıdır."

Bkz. https://www.anadolusigorta.com.tr/Files/BilgilendirmeDokumanlari/Konut/YN647_TR_02_2023.pdf

koruma verilmesinin nasıl bir hukuki ve maddi sonucu olacaktır. Diğer taraftan, ihtiyari deprem sigortası gündeme geldiğinde, rayiç değer sigortası görüşü kendi içinde de tutarsızlığa yol açmaktadır.³⁰ Aynı soruna DEMİRCİ³¹ ve ÜNAN/KONFİDAN³² da dikkat çekmektedir.

6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nun 7. maddesinde Zorunlu Deprem Sigortası teminatının münhasıran DASK tarafından verileceği belirtilmektedir. Yine 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nun "*Tarife ve Talimatlar ile Uygulama Esasları ve Genel Şartlar*" başlıklı 13. maddesinin birinci fıkrasında; "*Zorunlu deprem sigortasına ilişkin tarife ve talimatlar ile azami teminat tutarı her yıl Bakan (SEDDK) tarafından belirlenir ve Resmî Gazetede yayımlanır. Sigorta primlerinin tespitinde; binanın yüzölçümü, inşaat türü ve kalitesi, binanın üzerinde bulunduğu arazinin zemin özellikleri, deprem riski ve benzeri unsurlar değerlendirilir*" şeklinde hükme yer verilmiştir. Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları A.4. maddesinde ise "*Sigorta Bedelinin Tespiti*"ne dair açıklamalara yer verilmiştir.

³⁰ "...Yangın sigortasına bağlı ek teminat olarak verilen ihtiyari deprem sigortası teminatı alınmış olması halinde ihtiyari deprem sigortacısının hukuki sorumluluğu, ZDS poliçesi üzerinde yazılı bedellerin ne olduğuna bakılmaksızın, riziko tarihinde geçerli olan resmi deprem tarifesine göre belirlenecek tazminat tutarının üzerinde kalan kısım için geçerli olacaktır. Zira sigortacılara ihtiyari deprem sigortası düzenleme yetkisi ancak riziko tarihindeki zorunlu deprem sigortası tarifesinde yer alan tutarlara göre belirlenecek sigorta bedeli ve zararları aşacak tutarlar bakımından verilmiştir. ..."

"...Diğer yandan uygulamada sigortacıların ihtiyari sigorta sözleşmelerinde genellikle ZDS poliçesi üzerinde yazılı olan bedeli de belirtmek suretiyle, kendi yükümlülüklerinin ZDS poliçesinde yazılı X tutarın üzerinde kalan Y tutar kadar olduğunu açıkça yazdıkları görülmektedir. Böyle bir durumda, yukarıdaki değerlendirmelerden bağımsız olarak, DASK tarafından zeyilname yapılmamış olması nedeniyle riziko tarihindeki tarife yerine poliçe üzerinde yazılı olan tarifeye göre ödeme yapıldığı durumda ihtiyari sigortacının sorumluluğu riziko tarihindeki tarife yazılı tutarın üzerinde kalan kısım için değil, kendi poliçesi üzerinde yazılı olan X tutarla Y tutar arasındaki tutar kadar olacaktır.". Bkz. Özbasan s. 216-217.

³¹ "...İhtiyari deprem sigortasına konu bedel, sigortalı ve sigortacının ortak iradesiyle belirlenen değer üzerinden yapılan mutabakatlı sigortaya konu edilmiştir. Ancak bilhassa, yukarıda açıklandığı üzere, tarife değişikliği nedeniyle DASK tarafından ödenecek ZDS tazminat bedelinde ihtilaf yaşandığı hallerde, ihtiyari deprem sigortasına konu tazminat bedeli de tartışmalı hale gelecektir...". Bkz. Demirci, s. 47, dipnot 53.

³² "...Bir bina veya bağımsız bölüm için zorunlu deprem sigortası yoksa, isteğe bağlı sigorta yapılması öncesinde, o anda yürürlükte olan teminat limitlerine uygun bir zorunlu sigorta yaptırılmalı; ardından, bu limitleri aşacak zarar için isteğe bağlı poliçe düzenlenmelidir...". Ünan/Konfidan, s. 14.

Buna göre, “Sigorta bedelinin tespitinde sigorta edilen meskenin yapı tarzı için Hazine ve Maliye Bakanlığınca yayımlanan ‘Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatı’nda belirlenen metrekaresi bedeli ile aynı meskenin brüt yüzölçümünün (veya yaklaşık yüzölçümünün) çarpılması sonucu bulunan tutar esas alınır. Zorunlu Deprem Sigortası yapılan bir meskenin, sigorta bedeli, her halde ‘Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatı’nda belirlenen azami teminat tutarından çok olamaz.

C 3.1- Sigorta tazminatının hesabında, tam veya kısmi hasar olmasına bakılmaksızın, rizikonun gerçekleştiği yer ve tarihte, benzer yapı özellikleri göz önünde bulundurularak, binanın piyasa rayiçlerine göre hesaplanan yeniden yapım maliyeti esas alınır. Ancak sigorta tazminatı, hiçbir durumda sigorta bedelinden fazla olamaz”.

Tüm bu açıklamalardan görüleceği üzere Zorunlu Deprem Sigortası; sigorta ettirenin tüm (gerçek) zararının karşılanması anlayışıyla oluşturulmamıştır. Zorunlu Deprem Sigortası’nda amaç deprem ve depreme bağlı hasarların devletin üzerinde oluşturacağı yükü hafifletmek ve zarar görenlerin zararlarını belirli oranda önceden düşük primler ödemek suretiyle gidermeye yönelik teminat sağlamaktır. Bu kapsamda Zorunlu Deprem Sigortası’nın azami teminat tutarları her yıl Bakanlık (SEDDK) tarafından Resmî Gazete’de yayınlanmakta ve sağlanan teminat tarife ile sınırlı tutulmaktadır. Bu sınırı aşan miktarda bir teminat için Doğal Afet Sigortaları Kurumu Çalışma Esasları Yönetmeliği’nin 19. maddesinde belirtildiği gibi ihtiyari deprem sigortası yaptırılabilir. Dolayısıyla DASK tarafından yapılan Zorunlu Deprem Sigortası, rayiç değerli bir sigorta sözleşmesi değildir.

Bir diğer sorun da kendini ihtiyari deprem sigortasında gösterecektir. İsteğe bağlı deprem sigortacısının hukuki sorumluluğu, zorunlu deprem sigortası ile temin edilmiş olan tutarın üzerindeki zarar için söz konusu olacaktır. Başka bir ifade ile ihtiyari deprem sigortası ile temin edilen tutarın ne olduğu, zorunlu deprem sigortası poliçesinin tanzim tarihindeki tarifede belirlenen teminat limitine göre belirlenecektir. İhtiyari deprem sigortasının sigortacısı, primini poliçe tanzim tarihindeki limite göre hesap etmiş ve tahsil etmiştir. ZDS’de otomatik limit artışı kabul edilirse, bu durumda, ihtiyari deprem sigortasının sigortacısı limit artışı miktarı kadar korunmuş olacaktır. Başka bir ifade ile bu durumun kabulü halinde, limit artışı kadar olan tazminat mikta-

rının sorumluluğu, ihtiyari deprem sigortasının sigortacısından alınarak DASK'a yüklenmiş olacaktır. Sonuç olarak, konu sadece bilimsel değil tamamen duygusal (parasal) bir konudur. Bu görüşü savunmak ihtiyari deprem sigortasının sigortacısını koruma hizmetinden başka bir anlama gelmez.

Yargıtay da DASK poliçesinde yer alan teminat miktarının DASK'ın sorumluluğunun üst sınırını teşkil ettiğini kararlarında açıkça vurgulamıştır. Örneğin Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 22.06.2020 tarihli ve E. 2019/6044, K. 2020/3736 sayılı kararında "Açıklanan vakıalar karşısında mahkemece; **DASK poliçesindeki teminat miktarının DASK'ın sorumluluğunun üst sınırını teşkil ettiği ve DASK'ın ancak gerçek zarardan (limiti aşmamak kaydıyla) sorumlu tutulabileceği dikkate alınmak suretiyle [...] karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle, yazılı biçimde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir**" şeklinde hüküm kurmuştur.

VI. ZORUNLU DEPREM SİGORTASINDA AYDINLATMA YÜKÜMLÜĞÜ VE ŞEKLİ

A. Zorunlu Deprem Sigortasında Aydınlatma Yükümlülüğüne İlişkin Doktrindeki Görüşler

Zorunlu deprem sigortasında aydınlatma yükümlülüğü hakkında doktrinde yer alan görüşlerin aşağıdaki gibi olduğu tespit edilmektedir:

DEMİRCİ, "...DASK'ın sosyal işlevi dikkate alındığında uygulanacak hukuk kurallarının yorumunda sigortalıların menfaati ile DASK'ın ihdasındaki kamu yararı gözetilmelidir. Bu surette DASK'ın teminat miktarı yükseldiğinde sigortalıyı zeyilname ile teminat limitini artırması için, ispat yükü ve sorumluluğu kendine ait olmak üzere, poliçe akdedilirken sigortalının beyan yükümlülüğü uyarınca belirttiği telefon numarası üzerinden SMS le bildirmesi kanaatimizce günümüz koşullarında yeterli görülmelidir. ...".³³

ÜNAN/KONFİDAN, "... Her ne kadar günümüzde birçok yabancı ülkede bildirimlerin "kalıcı veri saklayıcı" ile (SMS de bu kapsamdadır) yapılması artık yerleşmiş bir uygulama ise de ülkemizdeki yasal düzenleme (ve ZDS GŞ'deki sözleşmesel düzenleme) yazılı şekil koşulu öngörmüştür...".³⁴

³³ Demirci, s. 42, dipnot 42.

³⁴ Ünan/Konfidan, s. 38.

ÖZBASAN, "...Kanaatimizce Genel Şartlardaki ihbar ve tebligat şekline ilişkin hüküm açık olup, adrese yazılı bildirim yapılması gerektiğini açıkça gösteren bu hükmeye rağmen, içeriği ve ulaştırıldığı kanıtlanabilir posta veya noter bildirimine dayanmayan SMS bildirimlerinin ve bu bildirimlerin her sigortalıya ulaştırılıp ulaştırılmadığı, ulaştırılan SMS mesajlarının içeriğinin bilgilendirme bakımından yeterli olup olmadığı hususu önemli olup, sigorta ettirenlerin bilgilendirilmesine ilişkin bu konu ayrı bir makaleyle incelenecektir. ...".³⁵

B. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik'in kaynağı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Kanunu'dur. Bu kanunlar DASK ve ZDS için uygulanamayacağından, bu kanunlara göre çıkarılmış olan alt mevzuatın da uygulanması hukuken mümkün değildir.

Bir an için Türk Ticaret Kanunu'nun 1423. maddesinin ve "Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik"³⁶ hükümlerinin ZDS'ye uygulanacağı kabul edilse dahi, Yönetmelik'in 11. maddesinde yer alan "10'uncu madde kapsamındaki bilgilendirme, Bakanlıkça uygun görülmesi halinde basın ve yayın kuruluşları vasıtasıyla yerine getirilebilir" hükmü gözetilmelidir. O halde tarife ve talimatta yapılan değişiklik Resmî Gazete'de yayınlanmış olduğundan, ayrıca bir bilgilendirmeye zaten gerek bulunmamaktadır.

Çünkü, Zorunlu Deprem Sigortası kapsamında sağlanan teminat değişikliği, genel şart değişikliği ile değil; her yıl Resmî Gazetede yayınlanan tarife ve talimatlar ile yapılmaktadır. Hem Sigortacılık Kanunu hem de Afet Sigortaları Kanunu'na göre, tarife ve talimatların Resmî Gazete'de yayınlanması zorunluluğu varken genel şartlar için bu zorunluluk yoktur³⁷. Mevzuattaki bu fark göz ardı edilerek çözüm üretilmesi hukuka uygun olmayacaktır.

³⁵ Özbasan, s. 217.

³⁶ RG, 14.02.2020, S. 31039.

³⁷ Yukarıda belirtildiği üzere hem Sigortacılık Kanunu'nda hem de Afet Sigortaları Kanunu'nda genel şartlar ile tarife ve talimatlar farklı maddelerde düzenlenmiştir. Bu düzenleme tarzı bile genel şartlar ile tarife ve talimatların birbirinden farklı olduğunun en önemli göstergesidir. Her şeyden önce, genel şartlar ile tarife ve talimatlar aynı hukuki nitelikte değildir. Hem Sigortacılık Kanunu hem de Afet Sigortaları Kanunu'nda genel şartlar ile tarife ve talimatlar ayrı hukuki şartlara tabidir ve ayrı maddelerde düzenlenmiştir (Sigortacılık Kanunu'nda genel şartlar 11. maddenin birinci fıkrasında, tarifeler ise 12. maddede düzenlenmiştir. Afet Sigortaları Kanunu'nda ise genel şartlar 13. maddenin üçüncü fıkrasında, tarife ve talimatsa 13. maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiştir.).

Sigortacının sözleşme süresi içindeki aydınlatma yükümlüğüne aykırılığın yaptırımını Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş de değildir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1423. maddesinin ikinci fıkrasındaki "... Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına on dört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir..." hükmü, sözleşmenin kuruluşu esnasındaki aydınlatma yükümlülüğüne ilişkidir.

Bu ihtimalde DASK'a Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kabul edilse bile *de lege lata* Türk Ticaret Kanunu'nun 1423. maddesi hükmünün iyi anlaşılması gerektiği kanısındayız. Ayrıca bu konudaki ikincil düzenleme niteliğinde olan "*Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirilmeye İlişkin Yönetmelik*" 14 Şubat 2020 tarihinde çıkarılmıştır. Bilgilendirme Yönetmeliği'nin 5. maddesinde aydınlatma yükümlülüğünün ne şekilde yerine getirileceğine dair bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü, sigortacı tarafından sigorta ettirene ve sigorta sözleşmesine taraf olmak isteyen kişilere sözlü ve yazılı şekilde yerine getirilir. Bilgilendirmenin yazılı olarak yapılması esastır.

Tarafların, fiziki olarak karşı karşıya gelmesinin söz konusu olmadığı hallerde veya işin mahiyetinin gerektirdiği durumlarda kalıcı veri saklayıcısı aracılığı ile bilgilendirme yapılabilmesi mümkün kılınmıştır (Yönetmelik m. 5/2).

Ayrıca sigortacının çağrı merkezi veya telefon aracılığıyla yapacağı görüşmenin manyetik veya dijital ortamda kayıt altına alınmış olması koşulu ile aydınlatma bilgilendirmesinin sözlü olarak yapılabilmesi de kabul edilmiştir (Yönetmelik m. 5/3).

Türk Ticaret Kanunu'nun 1423. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "*SEDDK, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliğinin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirler*" hükmü gereğince SEDDK'ya şekil ve içerik bakımından açık çek verilmiştir. Koruyucu hükümler gerekçe gösterilerek bu yetki bertaraf edilemez.

İlk sorulması gereken soru;

ZDS genel şartlarında yer alan, “...Sigorta ettirenin bildirimleri, DASK adına sözleşmeye aracılık yapan sigorta şirketine yazılı olarak yapılır.

DASK veya adına yetkili kıldığı sigorta şirketinin bildirimleri de taraflara imza karşılığı elden verilen mektupla ya da sigorta ettirenin poliçede gösterilen adresine veya bu adres değişmişse, son bildirilen adresine yazılı olarak yapılır

DASK tarafından yapılan ihbarlar, postaya veya notere verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder...”. (Genel Şartlar C.5)

hükümünün yürürlükte olup olmadığıdır... ?

Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları³⁸ 13 Mayıs 2011’de yürürlüğe girmiştir. Afet Sigortaları Kanunu ise, 18.05.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Afet Sigortaları Kanunu Geçici Madde 2’nin birinci fıkrasına göre, “Bu Kanunda belirtilen yönetmelik ve diğer düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar, bunların düzenleyeceği konulara ilişkin mevcut düzenlemelerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur”. Genel şartlar kanundan önce çıkmış olduğundan, geçici madde 2’nin denetimine tabi olacaktır.

Genel Şartlar C 5’in kaynağı ise, 587 sayılı Zorunlu Deprem Sigortasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’nin 9. maddesinin üçüncü fıkrasıdır. Bugün için bakıldığında bu kararname yürürlükte değildir. Bu nedenle bu hükmün günümüzde uygulama imkânı yoktur. Diğer taraftan Türk Ticaret Kanunu da 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe girdiğinden, genel şartlardan sonra yürürlüğe girmiştir ve Türk Ticaret Kanunu’nun 1423. maddesinin üçüncü fıkrası da aydınlatma yükümlülüğünün şekli ve içeri konusunda SEDDK’ya bir nev’i açık çek vermiştir. Bunun sonucu olarak, bir an için DASK ve ZDS’nin TTK’ya ve alt düzenlemelere tabi olduğu kabul edilirse, SMS ile sigorta ettirenin ZDS poliçesinde yazılı olan telefon numarasına yapılmış olan bildirim geçerlidir.³⁹ Çünkü SMS de bir yazılı bildirimdir. DASK, sigorta poliçesinde yazılı olan telefon numaralarına,

“...25.11.2022 tarihi itibarıyla Zorunlu Deprem Sigortası ile verilen teminat tutarları yükseltilmiştir. Mevcut poliçenizdeki teminat tutarını yük-

³⁸ RG, 13.05.2011, S. 27933.

³⁹ Demirci, s. 42, dipnot 42.

seltmek için poliçenizi tanzim eden sigorta şirketi, acente veya banka şubenize başvuruda bulunabilirsiniz..."

mesajını göndermiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 14. maddesinin ikinci fıkrasına göre, *"Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer"*.

Keza, Türk Ticaret Kanunu'nun 1526. maddesinin ikinci fıkrasına göre, *"Konişmentonun, taşıma senedinin ve sigorta poliçesinin imzası elle, faksimilebaskı, zımba, ıstampa, sembol şeklinde mekanik veya elektronik herhangi bir araçla da atılabilir. Düzenlendikleri ülke kanunlarının izin verdiği ölçüde bu senetlerde yer alacak kayıtlar el yazısı, telgraf, teleks, faks ve elektronik diğer araçlarla yazılabilir, oluşturulabilir, gönderilebilir"*.

Mevzuatımızın bütün bu açık hükümlerine rağmen, SMS'nin yazılı bildirim olarak kabul edilmemesinin amacını izah etmekte zorlanıyoruz. Poliçede sigorta ettirenin telefon numarası açıkça yazılmaktadır. Poliçe, sigorta ettirenin beyanına göre düzenlenmiş olduğundan, sigorta ettirenin bu numarayı da kontrol etmesi gerekir.

Sigortalılara fiziken posta ya da noter kanalı ile bildirim yapılması düşünüldüğünde ortaya çıkacak maliyette de göz önünde tutulmalıdır. Çünkü, DASK'ın mevcut sigortalı sayısı yaklaşık 12 milyondur.

12 milyon sigortalıya tanesi en az 150 liraya mal olacak iadeli taahhütlü mektup yollarırsa, toplamda maliyet 1 milyar 800 milyon Türk Lirası/yaklaşık 60 milyon Amerikan dolarıdır.

12 milyon sigortalıya tanesi en az 900 liraya mal olacak noter ihtarnamesi yollarırsa, toplamda maliyet 11 milyar Türk Lirası/yaklaşık 360 milyon Amerikan dolarıdır.

SMS ile yapılan ihtar kabul edilmeyip *"posta ya da noter yoluyla ihbar şartı uygulanmalıdır"* demek, Nasreddin Hoca'nın *"ya sopa yemedin ya da sayı saymasını bilmiyorsun"* anekdotunu akla getirmektedir. DASK, Kahramanmaraş depreminde yaklaşık 35 milyar Türk Lirası hasar ödemesi yaparken, aydınlatma bildirimine bunun üçte biri oranında 11 Milyar Türk Lirası ödemek zorunda kalacaktır. Yılda birkaç bildirim yapılması gerektiği düşünüldüğünde bunun da fiilen imkânsız olduğunu belirtmeye ihtiyaç olmadığını düşünüyoruz.

VII. ZORUNLU DEPREM SİGORTASINA İLİŞKİN GÜNCEL KARARLAR

Bu makalenin yazımının sonuçlandırıldığı tarihe bakıldığında, Kahramanmaraş depreminin üzerinden bir yıldan fazla bir süre geçmiştir. Bu süre zarfında, ilk karar sigorta tahkim komisyonundan çıkmıştır. Sigorta Tahkim Komisyonu tarafından verilen ilk karar başvuran lehine çıkmış ve bu karar DASK tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay kanuna aykırı bir şekilde esasa girmeden temyiz limitinin altında kaldığı gerekçesi ile temyiz talebini usulden reddederek, uygulamaya yön verme imkanını kullanmamıştır.⁴⁰ Oysa, SK. m. 30/12 gereği “... tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmiş olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan konularda karar vermesi ve hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi durumlarında her hâlükarda temyiz yolu açıktır...” hükmünü uygulayarak, bu tür toplumun büyük bir bölümünü etkileyen uyuşmazlıklarda, bir koruyucu hekimlik gibi uyuşmazlık sayısı çok artmadan, basiret ve feraset göstererek sorunun büyümesini engellemek mümkünken, bu fırsat kaçırılmıştır. Ancak, yargı kendi iş yoğunluğunu gerekçe ederek ek işler çıkarmama eğilimindedir. Çünkü, bu hükmü uygulamak demek, bütün itiraz hakem kararlarının parasal sınıra takılmadan temyiz merciinin önüne gelebilme imkanına sahip olması demektir. İş yükünün artacağı endişesi adaletin önüne geçmiştir.

Yerel mahkemeler,⁴¹ tarafından “...Sigorta değeri (TTK.m.1460), sigorta konusu mal üzerindeki çıkarın para ile anlatımıdır. Sigorta bedeli ise (TTK.m.1461), sigortacının sorumlu olduğu en yüksek tutarı belirleyen primin hesaplanmasında rol oynayan tarafların anlaşması ile belirlenen tutardır.

Zarar sigortalarında sigortacının rizikonun gerçekleşmesi ile birlikte ödeme yapma yükümlülüğü belirli sınırlamalara tabidir. Sigorta bedeli, si-

⁴⁰ “...Miktar veya değeri kesinlik sınırını geçmeyen davalara ilişkin nihai kararlar, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 362’nci maddesi uyarınca temyiz edilemez. Temyize konu edilen miktarın kesinlik sınırının altında kalması hâlinde anılan Kanun’un 366’ncı maddesi atfıyla aynı Kanun’un 352’nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca temyiz dilekçesinin reddine karar vermek gerekir”. Bkz. 4. HD. Esas No: 2023/11224 Karar No: 2023/12999, T. 04.12.2023. Ayrıca bkz. <https://blog.lexpera.com.tr/sigorta-tahkim-komisyonu-itiraz-hakem-heyeti-kararlarinda-direnme-ve-kanun-yararına-temyiz-sorunu/>

⁴¹ Malatya 2. Tüketici Mahkemesi Esas No: 2023/99 Karar No: 2023/156, T. 27.09.2023

gortalanın rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacının ödemekle yükümlü olduğu miktarın üst sınırını ifade eder.

Tüm dosya kapsamı itibariyle poliçedeki teminat miktarı DASK'ın sorumluluğunun üst sınırını teşkil ettiğinden ve zararın meydana geldiği tarihteki serbest piyasa birim fiyatlarına göre hasar bedelinin belirlenmesi gerektiğinden davalı DASK'ın ödemesinin de muafiyet tutarı gözetilerek sigorta poliçe limitinin üst sınırı olduğu görülmekle davanın reddine karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur... Davalı aleyhine açılan davanın REDDİNE..." gerekçesi ile güncel tarifenin uygulanması talepleri kabul görmemiştir.

"...Bu düzenlemeler karşısında, Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin yürürlük tarihi, iletişim olanaklarının gelişmesi sonucu farklı entegre yollarının kullanılabilir olmasının mümkün hale gelmesi, telefonlar üzerinden gönderilen SMS'lerin artık haberleşmenin ve iletişimin vazgeçilmez bir parçası olması, DASK poliçelerinde buna istinaden sigortalıların telefon numaralarının alınması dikkate alındığında, sigortalıların SMS ile bilgilendirmelerinin hayatın olağan akışına uygun olduğu, krediye bağlı sigortalıların (hayat, konut vb) yenilenmesine ilişkin kredi veren kuruluşlar tarafından kredi kullananlara SMS yolu ile yapılan bilgilendirmelerin anılan Yargıtay kararlarında açıkça belirtildiği üzere usulüne uygun olarak kabul edildiği, somut olayda davacının zeyilnamenin düzenlenmesi konusunda usulünce (SMS ile) bilgilendirildiği halde (bu imkanı bulunduğu halde) mevcut poliçedeki teminat tutarlarını güncelleme yoluna gitmediği, davalı DASK'ın bildirim yapma sorumluluğunu yerine getirdiği, davacı sigortalının ise güncelleme yoluna gitmediği ve primi ödeme noktasında kendisine düşen özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği kanaatine varılarak davanın reddine"⁴² karar verilerek hüküm kurulmuştur.

Diğer taraftan, sigorta tahkimde verilen kararlara bakıldığında, kararların bir kısmının başvuranın lehine bir kısmı ise aleyhine çıkmış olduğu tespit edilebilmektedir. Karar gerekçeleri ise çok çeşitlilik göstermektedir. Yargıtay, Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinin on ikinci fıkrasında yer alan "...her hâlükarda temyiz yolu açıktır. ..." hükmünü uygulayarak, konuya yol göstericilik yapmamıştır. Dava sayısı on binleri geçmiş, itiraz ve temyiz sınırı miktarı altında olan lehe ve aleyhe şimdilik yüzlerce hakem kararı kesinleşmiş durumdadır. Bu da

⁴² Malatya 2. Tüketici Mahkemesi Esas No: 2023/340 Karar No: 2024/76, T. 13.02.2024

mevcut durumda hukuka olan güveni zedelemektedir. Bunun sonucu olarak, ortaya çıkan bu birbirine zıt kararlar, depremzedelere ikinci bir deprem etkisi yaratmaktadır.

SONUÇ

DASK bir sigorta şirketi değildir. DASK 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu kapsamında faaliyet gösteren bir kamu tüzel kişisidir. DASK hakkında Sigortacılık Kanunu m. 3/1 gereği bu kanun hükümleri uygulanamaz.

Türk Ticaret Kanunu'nun Altıncı Kitap "Sigorta Hukuku" hükümlerinin bir sözleşmeye uygulanabilmesi için öncelikle bir sigorta şirketinin bulunması zorunludur (TTK m. 1401/2). Ayrıca bu şirketin; ruhsat almış bir sigorta şirketi olması, ya da ruhsatı olmamakla birlikte sigorta ettirenin bu durumu bilmiyor olması gerekmektedir.

DASK sigorta şirketi olmadığından, TTK m. 1401/2 gereği Zorunlu Deprem Sigortası sözleşmeleri hakkında Türk Ticaret Kanunu altıncı kitap hükümleri doğrudan uygulanamaz. Özel kanun ve alt mevzuatta hüküm bulunmaması halinde ise 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Hukukun Uygulanması ve Kaynakları" başlıklı 1. maddesi gereğince kıyasen yorum yapılarak Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Hemen belirtelim ki, bir kanun hükmünün veya bu hükmün içinde bulunan ilkenin benzer bir olaya uygulanmasına kıyas denir. Kıyasen uygulama için mevcut olaya lafzen veya ruhen uygulanabilir bir hükmün yer almaması gerekir. Bunun yanında kıyasen uygulama yapılabilmesi için çözümü gereken olay ile kıyas yoluyla uygulanacak hükme esas teşkil eden menfaatler durumu arasında benzerlik bulunması gerekir. Bu şekilde kıyas yoluyla uygulanacak hükmün ancak mevcut durum karşısındaki benzerlik ölçüsünde uygulanması yoluna gidilebilecektir. O halde kıyasen Türk Ticaret Kanunu hükümlerine başvurulurken Zorunlu Deprem Sigortası'nın hukuki niteliğine ve bu sigortanın oluşturulma amacına uygun hareket etmek gerekmektedir.

DASK'ın sunduğu Zorunlu Deprem Sigortası'nın amacı zarar görenin tüm zararını karşılamak değil, meydana gelen doğal afetin devletin üzerinde oluşturacağı yükü hafifletmek ve zarar görenlerin zararlarını belirli oranda önceden düşük primler ödemek suretiyle gidermeye yönelik teminat sağlamaktır.

Zorunlu Deprem Sigortası ile sağlanan teminatın limitlerini belirleme yetkisi SEDDK'ya aittir ve Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatı ile bu sınırlar belirlenmektedir.

Bu halde DASK'ın zeyilname düzenlenmeksizin ve ek pirim alınmaksızın değişen tarifeye göre otomatik olarak sorumlu olacağına ilişkin mevzuatında hiçbir hukuki dayanak yoktur.

Bununla birlikte, ZDS hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanmasının bir an için mümkün olduğu kabul edilse bile, policede yazılı olan telefon numarasına SMS ile yapılan bilgilendirme geçerlidir.

Kaynakça

Kitaplar

Ünan S., Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, C.I, İstanbul 2016.

Makaleler

Atamer K., "Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca "Zarar Sigortaları"na Giriş", *BATİDER*, C. XXVII, Sayı 1, Yıl 2011, S. 45, s. 21-106.

Bozer A., "Zorunlu Deprem Sigortası", *BATİDER*, Ankara 2001, C. XXI, S. 1, s. 243-254.

Demirci S., "Deprem Riskine İlişkin Sigorta ve Tazmin Sürecine Dair Güncel Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Deprem Özel Sayısı, 2. Cilt, s. 38-40.

Kayıhan Ş., "Zorunlu Deprem Sigortası", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2004, C. VIII, S. 1-2, s. 497-516.

Memiş T., "Sigorta Poliçesi Genel Şartlarının Hukuki Mahiyeti ile İlgili Tartışmaların Sonu mu?", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8. Sayı 16, Aralık 2022, s. 247-265.

Memiş T., "Ruhsatnamesiz Bir Sigortacı ile Yapılan Sigorta Sözleşmelerinin Hukuki Durumu ve Çözüm Önerileri", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı.

Özbasan K., "Zorunlu Deprem Sigortasında Sigorta Bedeli Kavramı ile Tarife Değişikliğinin Tazminat Tutarına Etkisine İlişkin Hukuki İnceleme", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 97 Sayı 2, Yıl 2023, s. 213-214.

Somer M., "Zorunlu Deprem Sigortasının Özel Sigorta Hukukuna İlişkin Bazı Yönlerden Değerlendirilmesi", *Sigorta Hukuku Dergisi*, Ankara 2001, S. 1, s. 113-132.

Ünan A. S./Konfidan M., "Deprem Rizikosuyla İlgili Bazı Sigorta Hukuku Sorunları", Deprem Özel Hukuk ve Kamu Hukuku Açılımlarından Değerlendirilmesi, İstanbul 2023, s. 3-46.

Yetiş Şanlı K., "Yargıtay Kararları Işığında Zorunlu Deprem Sigortasına İlişkin Bazı Sorunlar", Sorumluluk Hukuku Sempozyumu II - Bildiri Kitabı (Tam Metinler, 27-28 Nisan Antalya), İstanbul 2023, s. 97-144.

KURUMSAL YÖNETİM PERSPEKTİFİNDE İŞ ADAMI KARARI İLKESİNİN BİR DEĞERLENDİRMESİ

AN EVALUATION OF THE BUSINESS JUDGEMENT RULE IN THE PERSPECTIVE OF CORPORATE GOVERNANCE

Efe DÜNDAR*

Özet: İş adamı kararı ilkesi, yönetim kurulu üyelerinin fiillerinden sorumluluğunun değerlendirilmesinde bir kriter olarak ortaya çıkmıştır. Bu makalede, kurumsal yönetim perspektifiyle kararı ilkesi değerlendirilmektedir. Makalede öncelikle, iş adamı kararı ilkesinin kavramsal çerçevesi ele alınmakta ve ilkenin temel unsurları tartışılmaktadır. Ardından, ilkenin kurumsal yönetim ilkeleriyle uyumluluğu incelenmektedir. İş adamı kararı ilkesine göre, şirket yöneticileri, şirketin çıkarlarını gözeterek, bilgiye dayalı olarak, iyi niyetle ve alınan kararın şirketin çıkarlarına en uygun olduğuna dair dürüst bir inançla karar vermelidirler. Kurumsal yönetim ilkeleri ise şirketlerin şeffaf, adil ve sorumlu bir şekilde yönetilmesini öngörmektedir. İş adamı kararı ilkesi bu ilkelerle uyumlu olup amacı yöneticileri hizmet vermeye ve risk almaya teşvik etmek; iş kararlarına yargının müdahalesini önlemek ve yönetim kurulunun kurumsal yönetimdeki merkezi karar alma rolünü korumaktır.

Anahtar Kelimeler: Kurumsal Yönetim, İş Adamı Kararı İlkesi, BJR, Yönetim Kurulu, Sorumluluk

Abstract: The business judgment rule has emerged as a criterion for assessing the liability of board members for their actions. This article evaluates the business judgment rule from a corporate governance perspective. The article firstly discusses the conceptual framework of the business judgment rule and the main elements of it. Then, the compatibility of the rule with corporate governance principles is analyzed. According to the business judgment rule, company managers should make decisions based on information, in good faith and with an honest belief that the decision is in the best interests of the company. Corporate governance principles require

* Dr. Öğr. Üyesi, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, dundarefe48@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1174-7527, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.02.2024, Kabul Tarihi: 05.03.2024

companies to be governed in a transparent, fair and responsible manner. The business judgment rule is consistent with these principles and aims to encourage managers to serve and take risks; to prevent judicial interference in business decisions; and to preserve the central decision-making role of the board in corporate governance.

Keywords: Corporate Governance, Business Judgment Rule, BJR, Board of Directors, Liability

GİRİŞ

İlk kez Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmış olan "işadamı kararı ilkesi" (*business judgment rule*), yönetim kurulu üyelerinin, yaptığı işlerden sorumluluklarının değerlendirilmesinde bir ölçüt olarak kullanılmaktadır.¹ İlke Türk pozitif hukukunda düzenlenmemiş olmakla birlikte,² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun³ (TTK) "Özen

¹ Semih Sırrı Özdemir, İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 1.

² İş adamı kararı Türk hukukunda pozitif bir şekilde düzenlenmemiştir. TTK'nın yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü şahısların özen ve bağlılık yükümlerini düzenleyen 369. maddesinin gerekçesinde "kararı" ilkesi özen yükünün bir göstergesi diğer ifade ile ölçütü olarak tanımlayabileceğimiz tedbirli yöneticinin gözeceği kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak alacağı kararların dayandığı ilke olarak tanımlanmıştır.

"İş adamı kararı" ilkesinin amacı yöneticilerin şirketin faaliyetlerini gerçekleştirebilmesi adına kişisel olarak sorumlu tutulmaktan korkmadan riskli kararları doğacak hukuki sorumluluktan çekinmede alabilmelerini sağlamaktır. Netice itibarıyla 369. madde, gerekçesiyle beraber yorumlandığında özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan sorumluluk davalarında kanunun gerekçesinde yer alan "kararı"nın kanun metninde yer alan tedbirli yönetici özeninin tespitinde başvurulması gereken yegâne ölçütlerden biri olduğu açık olsa da kararının Türk hukukunda ABD hukukunda olduğu gibi geniş kapsamlı olarak yorumlanması kanun metni açısından değerlendirildiğinde mümkün gözükmemektedir. Gerekçede yer alan tedbirli yönetici kavramı soyut bir ifade niteliği taşımakta iken ilgili kavramın gerekçede sınırları çizilmemiş ve tanımı gerçekleştirilmemiş bir diğer soyut kavram olan "kararı" ilkesi ile bütüncül bir yapı içerisinde değerlendirilmesi sonucunda 2 ayrı soyut kavram yarattığı bu durumu somut davalarda uygulamak güçleşmektedir.

Kanımcı uygulamada hâkimler, şirketler özelinde 369. madde hükmünü gerekçede belirtilen ölçütler dâhilinde amaçsal yorumlamalı ve BK 49 hükümleri çerçevesinde yapacakları değerlendirmelerde gerekçede belirtilen "kararı" ilkesini her somut olayda şayet yöneticilerin aldığı kararlar açık ve kesin olarak TTK'nın emredici ve açık düzenlemelerine ve esas sözleşmeye aykırı olmadığı takdirde ayrı ayrı değerlendirmelidir. Çünkü iş adamı kararı ilkesi, öncelikle bir tespit ilkesidir. İş adamı kararı ilkesi yöneticilerin verdiği davaya konu kararlara tabir yerindeyse bir büyüteç gibi tutulmalı ve bu büyüteç ile yönetim yetkisine ilişkin takdir kapsamında olan bir kararın keyfilikle mi yoksa tedbirli yöneticide olması gerekli özenli tutum ile davranılıp incelemeler yapılmak suretiyle mi alındığı belirlenmelidir.

³ R.G. 14.2.2011/27846.

ve bağlılık yükümlülüğü” başlıklı 369’uncu maddesinin gerekçesinde⁴

⁴ “Göndermelerden oluşan, bu sebeple “görsel” olmaması bir yana karmaşaya da yol açan ve öğretide şiddetle eleştirilen 6762 sayılı Kanun’un 320’nci maddesinden tamamen ayrılan 369’uncu madde, özeni, tedbirli bir yönetici ölçüsü ile tanımlamış ve aynı zamanda şirketin menfaatlerinin gözetilmesine vurgu yapmıştır. Hüküm bunun ölçütü olarak dürüstlük kuralını kabul etmiş, ancak şirketler topluluğu ile ilgili 203 ve 205’inci maddelerin istisnai durumlarını dikkate almıştır. Hükümün bir yeniliği de çağdaş düzenlemelere uygun olarak, üyelerin ve yöneticilerin görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettikleri karinesinin açıkça belirtilmiş olmasıdır. Böylece, ispat yükü aksini iddia edenlere aittir.

Özen yükümü yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Yöneticilerin ayrıca zikredilmeleri, yönetim hakkının 367’nci maddeye göre devri halinde özellikle önem taşımaktadır.

6762 sayılı Kanun’un 320’nci maddesinde göndermeler sonunda varılan nesnel (objektif) ve öznel (sübjektif) özen ölçüleri açık değildir. 6762 sayılı Kanun sistemi çeşitli yorumlara ve tartışmalara yol açtığı için terk edilmiştir. Anılan ölçünün terk edilmesinin bir diğer sebebi de 6762 sayılı Kanun’un kabul ettiği ölçünün işletme konusuna sıkı sıkıya bağlanmış olmasıdır. Ücret alan yönetim kurulu üyesinde “iş”in gerektirdiği özen bunun kanıtıdır. Böyle bir ölçü, bir çelik üretim şirketinde yönetim kurulu üyelerinin yüksek teknik bilgiyi haiz olmalarının şart olduğu yorumlamasına hak kazandırabilir. İşletme konusuna bağlanan özen, sermayenin ve malvarlığının korunmasında, iştiraklerle ilişkilerde, sır saklamada, temettü ve finans politikasında özeni ya tamamen tartışma dışı bırakır ya da dolayısıyla ve güçlükle kapsar. Ücret almayan üyenin özen borcu ise içerikten ve sınırdan yoksundur. Oysa “tedbirli yönetici” ölçüsü bütün yukarıda anılanları ve yönetici sıfatıyla işin gerektirdiği özeni de içerir. Bu sebeple, hükümdeki özen 6762 sayılı Kanun’un 320’nci maddesinde öngörülenden daha da geniş ve amaca daha uygundur. İşin gerektirdiği özen de nesnel olarak belirlenir, yoksa o konuya ilişkin uzman bilgisi aranmaz. “Nesnellik” ile görevi yerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ve denetleyebilme için gereken yetenek ve öğrenime sahip olma anlaşılır. «Tedbirli yönetici» terimi bir taraftan kusurda ölçü rolü oynar, diğer taraftan da karar ve eylemlerde nesnel davranışı ifade eder, ancak bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbiri kapsamaz. Nitekim 553’üncü maddenin üçüncü fıkrası hükmü söz konusu sınırı çizmekte, 557’nci madde de özenin kişi temelinde değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Nesnellikte, diligentia quam in suis yeterli olamaz, bunun yerine benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen esas alınır. Tasarı hükmünde 6762 sayılı Kanun’un 320’nci maddesinde öngörülmüş bulunan basiret ölçüsüne yer verilmemiştir. Hatta basiretli iş adamı ölçüsünden uzak durulmuştur. Çünkü, Yargıtay kararları basiretli iş adamı ölçüsünü sert, hatta aşırı denilebilecek beklentilerle tanımlamıştır. Aynı ölçüyü yönetim kurulu üyelerine uygulamak adaletsiz sonuçlar doğurabilirdi.

Tedbirli yönetici ölçüsü basiretli iş adamı kavramından farklı olup, bu ölçüye, Alm. POK 93’üncü paragrafının kaynaklık ettiği de düşünülmemelidir. Klasik Alman öğretisinde savunulduğunun aksine, şirketin lehine olanı muhakkak

kendine yer edinmiştir.⁵ TTK 369'uncu madde hükmünde kendine yer bulan "tedbirli yönetici" kavramının ölçüsü olarak kanun koyucu tarafından gerekçede ifade edilen "business judgement rule" kavramının,

yapmak ve zararına olandan muhakkak kaçınmak, özen borcunun ölçüsü olarak kabul edilemez. Çünkü, ekonomideki bütün krizlerden, pazar şartlarındaki değişikliklerden ve belirsizliklerden doğan riskleri yönetim kurulu üyesinin önceden teşhis etmesi ve gerekli önlemleri alması, aksi halde sorumlu tutulması gerekir. Hükme esin veren yeni öğreti daha gerçekçidir.

Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "iş adamı kararı" (business judgement rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez. Bu kurallar 553'üncü maddenin üçüncü fıkrasında yer alan hukuk kuralı ile somuta bağlanmıştır. Özen borcunun sözleşme ile ağırlaştırılabileceği şüphesizdir.

Birinci fıkrada yer alan, şirket menfaatinin dürüstlük kuralına göre gözetilmesi gereğine ilişkin temel özen kuralı 6762 sayılı Kanun'da açık olarak öngörülmemiştir. Bu yüküm ile, yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatinin, hâkim pay sahibinin veya pay sahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatinin, şirketin menfaatinin önüne geçmemesi kastedilmiştir. Hüküm, menfaatler çatışması bulunan hallerde yönetim kurulunun gerekli önlemleri almasını ve arm's length temelinde yani, hâkim ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan şirket için, şirketin menfaati için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapmasını ifade eder. Hüküm yönetim kurulu üyesini ayrıca rekabet yasağına uymak dışında şirkete karşı kapsamlı bağlılık yükümü altına sokar; içerden öğrenenlerin ticareti yasağına ve kendi kendisiyle iş (sözleşme) yapmak kurallarına uymasını zorunlu tutar.

İkinci fıkra: Şirket menfaatinin gözetilmesi zorunluğu, şirketler topluluğunda bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri yönünden sorun çıkarır. Bu durumda bağlı şirketin yönetim kurulu üyelerinden şirketin menfaatinin topluluğun, bir topluluk şirketinin ve hâkim şirketin menfaatinin önünde tutmalarını istemek, gerçeği görmezlikten gelme anlamı taşır. Bu problemi çözmek amacı ile ikinci fıkra kaleme alınmıştır. 202'nci madde uyarınca, hâkim şirketin, bağlı şirketin kaybına sebep olacak tasarruflarda rol oynaması halinde, kaybı belli bir sürede denkleştirmesi gerekir. Anılan hüküm, esasında denkleştirme yapılması şartı ile şirketin menfaatinin feda edilmesine izin vermekte; ancak denkleştirme, süresi içinde gerçekleşmediği takdirde, belli bir sürede dava açmayan yönetim kurulu üyelerini sorumlu tutmaya elverişli bulunmaktadır. 203'üncü maddede düzenlenen tam hakimiyet halinde, bağlılık yükümü ortadan kalkmakta, 204'üncü madde ise bunun istisnasını düzenlemektedir. Üçüncü fıkra: Son fıkra ispat yükünü özen yükümünün ihlâl edildiğini iddia edenlere vermek amacıyla bir karine öngörmektedir. Çünkü birçok halde özen gösterildiğini ispat etmek çok güç olabilir." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi Erişim Tarihi: 30.11.2023)

⁵ Fatma Beril Özcanlı, Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 340.

işadamı kararı ilkesi olarak Türkçeye çevrilmesi doktrinde tartışma konusu olmuştur.⁶ Gerekçede her ne kadar BJR “kararı” olarak tercüme edilmiş ise de kanımızca bu tanım BJR’nin özünde ifade ettiği hukuki durumu netleştirmekten uzaktır. Doktrinde Göktürk,⁷ “kararı” ilkesini “ticari takdir ilkesi” olarak nitelemiş, zarar riski içeren ticari işlem ve kararlardan dolayı yöneticilere hukuki sorumluluk yaptırımının ulaşamayacağı güvenli bir alan tesis edilmesi gerekliliği kavramını en iyi şekilde ifade eden terimin “ticari takdir ilkesi” tanımlandırması olacağını belirtmiştir. Bizde bu tanıma katılmakla birlikte “ticari muhakeme ilkesi” nitelendirmesinin de “kararı” ilkesi yerine kullanılabilceği görüşündeyiz.

TTK 369’uncu madde hükmü uyarınca, “yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar”.⁸ TTK’nın 369/1’inci madde hükmü yönetim kurulu üyesi için objektif özen ölçütünü öngörür, bu genel bir düzenleme niteliğinde olup yönetim kurulu üyesinin bütün yetkilerini kullanırken ve görev ile yükümlülüklerini yerine getirirken uygulanacak bir özen ölçütü niteliğindedir.⁹

Yönetim kurulu üyeleri için özen borcu kanun veya esas sözleşmenin öngördüğü sair görevler yanında yüklenmiş tali bir borçtur.¹⁰ Bu özelliği sebebiyle özen yükümü yönetim kurulu üyelerinin sadece görevlerini ifa ederken gözecekleri dikkat ve itinanın yanında bağımsız olarak görevler yaratan ve yükleyen bir kaynağı oluşturur.¹¹

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel Hacımahmutoglu, “The Business Judgment Rule: İşadamı Kararı Mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı Mı?”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2014, C.30, S. 4, ss. 99-145; Kürşat Göktürk, “Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 2, S. 2, ss. 207-247.

⁷ Göktürk, s. 210.

⁸ Yöneticilerin TTK 369’uncu madde hükmünden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri durumunda, TTK 553’üncü madde hükmü uyarınca hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zararlardan sorumlu olacaklardır.

⁹ Sibel Hacımahmutoglu, “The Business Judgment Rule”, s. 111.

¹⁰ Ersin Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, Vedat Kitabevi, 3. baskı, İstanbul, 2010, s. 68.

¹¹ Çamoğlu, s. 68.

Anonim ortaklığın yönetim kurulu üyelerinin ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin özen yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için üyelerin ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin yükümlülük kapsamındaki özen ölçütlerinin belirlenmesi ve belirlenen özen yükünün yerine getirilip getirilmediğinin ispat yükünün paylaşılması gerekmektedir.¹² Özen borcunun objektif niteliği sebebiyle tüm anonim şirketler için geçerli tek bir 'özen ölçüsü'nden bahsedilemez.¹³ Yönetim kurulu üyelerinin göstermesi gereken özen yükümünün mahiyeti şirket nitelik ve büyüklüklerine göre değişiklik gösterebilir. Uygulama da özenin ölçüsü belirlenirken dava konusu somut olayın özelliklerine bağlı olarak ilgili kimselerin mensup oldukları sınıflar, onlardan objektif olarak beklenebilmesi muhtemel bilgi derecesi yaş ve cinsiyet gibi özel statülerde nazara alınır.¹⁴

Yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü kapsamında, kanun tedbirli yönetici kavramına işaret etmektedir. Özen yükümlülüğün belirlenebilmesi için temel unsur tedbirli yönetici kavramının tanımlanmasıdır. Madde gerekçesinde "Tedbirli yönetici ölçüsü basiretli iş adamı kavramından farklı olup, bu ölçüye, Alm. POK 93'üncü paragrafının kaynaklık ettiği de düşünülmemelidir. Klasik Alman öğretisinde savunulduğunun aksine, şirketin lehine olanı muhakkak yapmak ve zararına olandan muhakkak kaçınmak, özen borcunun ölçüsü olarak kabul edilemez. Çünkü ekonomideki bütün krizlerden, pazar şartlarındaki değişikliklerden ve belirsizliklerden doğan riskleri yönetim kurulu üyesinin önceden teşhis etmesi ve gerekli önlemleri alması, aksi halde sorumlu tutulması gerekir. Hükme esin veren yeni öğreti daha gerçekçidir" denilerek Alman ticaret hukuku doktrini ve öğretisindeki özen yükümlülüğünün sınırlarını genişleten ve katılaştırılan özen borcunun ölçüsünün kaynak olarak değerlendirilmediği belirtilmiştir.

"Tedbirli yönetici" terimi bir taraftan kusurda ölçü rolü oynar, diğer taraftan da karar ve eylemlerde nesnel davranışı ifade eder. Tecrü-

¹² Sibel Hacımahmutoğlu, "Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü Fonksiyonel Bir Yaklaşım", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2015, C. 31, S. 3, ss. 23-56, s. 111.

¹³ Çamoğlu, s. 69.

¹⁴ Serhan Dinç, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, Seçkin Yayınevi, 2. baskı, Ankara, 2018, s. 40-41.

beli yöneticinin özen ölçüsünün belirlenmesinde İşin gerektirdiği özen nesnel olarak belirlenir. Nesnellik ölçüsünün içeriğini ise görevi yerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ve denetleyebilmek için gereken yetenek ve öğrenime sahip olma anlaşılmalıdır. Ancak objektif özen ölçütünün tespitinde yönetim kurulu üyesinin görevli olduğu ortaklığın faaliyet gösterdiği alanın tümünde uzmanlık bilgisine sahip olma yeterliliği taşıması gerekliliği anlaşılmalıdır.

Madde gerekçesinde tedbirli yönetici ölçüsünün nasıl belirleneceği açıklanmıştır:

“Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak “iş adamı kararı” (*business judgement rule*) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez. Bu kurallar 553’üncü maddenin üçüncü fıkrasında yer alan hukuk kuralı ile somuta bağlanmıştır. Özen borcunun sözleşme ile ağırlaştırılabileceği şüphesizdir.” denilmek suretiyle *Business Judgement Rule* (kararı)¹⁵ (BJR) bir somut kriter olarak kabul edilmiştir.¹⁶

İş adamı kararı ilkesi, yönetimle görevli kişilerin ve yöneticilerin şirketlerine borçlu olduğu kurumsal özen yükümlülüğünün önemli bir yansımasıdır.¹⁷

¹⁵ Business judgement rule, ilk olarak Amerikan Şirketler Hukukunda yer almış, sonrasında ise Alman hukukunda pozitif bir norm olarak düzenlenmiş ve “unternehmerisches Ermessen” şeklinde tercüme edilmiş, İsviçre hukukunda ise doktrinde ve yargı kararlarına yansımıştır. Detaylı bilgi için bkz.: Necla Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 129-132; Hacımahmutoğlu, “The Business Judgement Rule”, s. 99-145; Göktürk, s. 208-211; Özdemir, s. 16-23; Sevgi Bozkurt Yaşar, Anonim Şirketlerde İş Adamı Kararı İlkesinin (Business Judgement Rule) Uygulanması, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 20-25.

¹⁶ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 129.

¹⁷ Law Shelf, The Business Judgement Rule and the Fiduciary Duty of Care, A Project of National Paralegal College, <https://lawshelf.com/shortvideoscontentview/the-business-judgement-rule/> (Erişim Tarihi: 27.11.2023)

I. KURUMSAL YÖNETİM KAVRAMI VE UNSURLARI

Türkçeye kurumsal yönetim olarak çevrilmiş “*corporate governance*” kavramı, ilk kez Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkmış olup birçok ülkede çeviriye ihtiyaç duyulmaksızın bu şekliyle iç hukuka dâhil olmuştur.¹⁸ Türk hukuk sistemine kurumsal yönetim olarak girmiş olan bu kavramın, ülke hukukumuzda üzerinde mutabakata varılmış tek bir tanımı yapılmamıştır. Doktrinde, kurumsal yönetim kavramı ile ilgili; “*anonim şirketin en iyi şekilde yönetilmesine, denetlenmesine, mükemmel uygulamalarla çalıştırılmasına ilişkin normlar veya uluslararası ölçüde iyi ve sorumluluğun bilincinde yönetim*”;¹⁹ “*payları borsada işlem gören anonim şirketler için öngörülmuş, uyulması isteğe bağlı, iyi yönetim, gözetim ve denetim kuralları*”²⁰ şeklinde değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Ülke hukukunda *corporate governance* kapsamında yapılan ve Türk Ticaret Kanunu ile uyum içeren diğer somut düzenleme ise Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından 30 Aralık 2011 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ”²¹ dir. İlgili tebliğde yer alan ilkeler; pay sahipleri, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık, menfaat sahipleri, yönetim kurulu olmak üzere dört ana bölümden oluşmaktadır. Anılan tebliğ ilk başta özellikle iş dünyasından bazı eleştiriler ve tepkiler almıştır. SPK kamuoyunda oluşan tepkilere yönelik olarak 11 Şubat 2012 tarihinde yayınladığı ‘Kurumsal Yönetim İlkeleri’nin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Seri: IV, No: 56)’de Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ (Seri: IV, No: 57)’ ile bu eleştiriler kapsamında bazı yeni düzenlemeler yapmıştır ancak tebliğin özünde yer alan ilkeleri korumuştur. Yapılan düzenlemeler kapsamında en önemli yenilik olarak “uy ya da açıkla” yaklaşımının terk edilmiş olması ve hisse payları İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında

¹⁸ Esra Kaşak, Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 427.

¹⁹ Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Vedat Kitabevi, 12. baskı, İstanbul, 2010, s. 224 N.471/a.

²⁰ Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Yönetim Politikalarının ve Yönetim Denetim Felsefelerinin Dinamikleri ile Bunlar Arasındaki İlişki, Kalpsüz’e Armağan, İstanbul, 2008, s.638.

²¹ Seri 4, Sayı 56

işlem gören şirketler için kurumsal yönetim uygulamalarının zorunlu hale getirilmesi gösterilebilir.

Kurumsal yönetim kavramının; şeffaflık, adillik, hesap verebilirlik ve sorumluluk olmak üzere dört temel unsur üzerinde var olduğundan söz edilebilir.

A. Şeffaflık

Kurumsal yönetim ilkesinin etkili bir biçimde yürütülebilmesi, ortaklığa dair bilgilerin şeffaf bir şekilde kamuoyuna sunulması ve kişilerin bunlara istediği zaman ulaşabilmesiyle mümkündür.

Şeffaflık ilkesinin gereği olarak, kurumsal yönetim ilkelerini uygulamakla yükümlü yöneticilerin, işletmelerin yönetim ve denetimini sağlıklı biçimde yürütebilmek amacıyla düzenli ve denetlenen bir muhasebe bilgi sisteminden yararlanmaları elzemdir.²² Kamuoyunu aydınlatma olarak da nitelendirilebilecek bu husus kapsamında, ilgililer işletmelerle ilgili finansal raporların düzenli olarak sunulmasının sonucu; şirketin finansal performansı, mülkiyet yapısı gibi hususlara haiz olabilecektir.²³

²² Abdülkerim Daştan, "Kurumsal Yönetim İlkeleri ve Kurumsal Muhasebe Etkileşimi", *Bankacılar Dergisi*, Türkiye Bankalar Birliği, 2010, S. 72, ss. 3-19, s.12.

²³ Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri

"2. Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık

2.1. Kurumsal İnternet Sitesi

2.1.1. Ortaklığın kurumsal İnternet sitesinde; ilgili mevzuat uyarınca açıklanması zorunlu bilgilerin yanı sıra; ticaret sicili bilgileri, son durum itibarıyla ortaklık ve yönetim yapısı, imtiyazlı paylar hakkında detaylı bilgi, değişikliklerin yayınlandığı Türkiye Ticaret Sicili Gazeteleri'nin tarih ve sayısı ile birlikte ortaklık esas sözleşmesinin son hali, özel durum açıklamaları, finansal raporlar, faaliyet raporları, izahnameler ve diğer kamuyu aydınlatma belgeleri, genel kurul toplantılarının gündemleri, katılanlar cetvelleri ve toplantı tutanakları, vekaleten oy kullanma formu, pay alım teklifi veya vekalet toplanmasında hazırlanan zorunlu bilgi formları ve benzeri formlar, varsa şirketin kendi paylarının geri alınmasına ilişkin politikası, kâr dağıtım politikası, bilgilendirme politikası, şirket tarafından oluşturulan etik kurallar ve sıkça sorulan sorular başlığı altında, şirkete ulaşan bilgi talepleri ile soru ve şikayetler ve bunlara verilen cevaplar yer alır. Bu kapsamda, en az son 5 yıllık bilgilere kurumsal İnternet sitesinde yer verilir.

2.1.2. Şirketin ortaklık yapısı; dolaylı ve karşılıklı iştirak ilişkilerinden arındırılmak sureti ile %5'ten yüksek paya sahip olan gerçek kişi pay sahiplerinin isimleri, pay miktarı ve oranları ile hangi imtiyaza sahip oldukları gösterilecek şekilde asgari 6 ayda bir güncellenecek şekilde açıklanmalıdır.

B. Adillik/Eşitlik

Adillik ilkesi, ortaklıktan farklı çıkar ve beklentilere sahip olan gruplara eşit davranılarak dengenin sağlanmasını ifade etmektedir.²⁴ Bu eşit davranışın bir sonucu olarak, işletmenin keyfi uygulamaları karşısında ilgililerin korunması ile menfaat çatışmalarının önüne geçilecek ve azınlıkta bulunanların da etkin bir şekilde korunması sağ-

2.1.3. Sermaye piyasası mevzuatı uyarınca kamuya açıklanması gereken, özel durum ve dipnotlar hariç finansal tablo bildirimleri Türkçe'nin yanı sıra eş anlı olarak İngilizce de KAP'ta açıklanır. İngilizce açıklamalar, açıklamadan yararlanacak kişilerin karar vermelerine yardımcı olacak ölçüde doğru, tam, dolaysız, anlaşılabilir, yeterli ve açıklamanın Türkçesi ile tutarlı olacak şekilde özet olarak hazırlanır.

2.1.4. İnternet sitesinde yer alan bilgiler, uluslararası yatırımcıların da yararlanması açısından Türkçe ile tamamen aynı içerikte olacak şekilde ayrıca ihtiyaca göre seçilen yabancı dillerde de hazırlanır.

2.2. Faaliyet Raporu

2.2.1. Yönetim kurulu, faaliyet raporunu kamuoyunun şirketin faaliyetleri hakkında tam ve doğru bilgiye ulaşmasını sağlayacak ayrıntıda hazırlar.

2.2.2. İlgili mevzuatta ve kurumsal yönetim ilkelerinin diğer bölümlerinde belirtilen hususlara ek olarak yıllık faaliyet raporlarında;

- a) Yönetim Kurulu üyeleri ve yöneticilerin şirket dışında yürüttükleri görevler hakkında bilgiye ve yönetim kurulu üyelerinin bağımsızlığına ilişkin beyanlarına,
- b) Yönetim Kurulu bünyesinde oluşturulan komitelerin üyeleri, toplanma sıklığı, yürütülen faaliyetleri de içerecek şekilde çalışma esaslarına ve komitelerin etkinliğine ilişkin yönetim kurulunun değerlendirmesine,
- c) Yönetim kurulunun yıl içerisindeki toplantı sayısına ve yönetim kurulu üyelerinin söz konusu toplantılara katılım durumuna,
- ç) Şirket faaliyetlerini önemli derecede etkileyebilecek mevzuat değişiklikleri hakkında bilgiye,
- d) Şirket aleyhine açılan önemli davalar ve olası sonuçları hakkında bilgiye,
- e) Şirketin yatırım danışmanlığı ve derecelendirme gibi konularda hizmet aldığı kurumlarla arasındaki çıkar çatışmaları ve bu çıkar çatışmalarını önlemek için şirketçe alınan tedbirler hakkında bilgiye,
- f) Sermayeye doğrudan katılım oranının %5'i aştığı karşılıklı iştiraklere ilişkin bilgiye,
- g) Çalışanların sosyal hakları, mesleki eğitimi ile diğer toplumsal ve çevresel sonuç doğuran şirket faaliyetlerine ilişkin kurumsal sosyal sorumluluk faaliyetleri hakkında bilgiye, yer verilir." <https://spk.gov.tr/kurumsal-yonetim-ilkeleri> (Erişim Tarihi: 01.12.2023)

²⁴ Mustafa Doğan, "Şirketlerin Yönetiminde Temsil Sorunu ve Kurumsal Yönetim", *Muhasebe ve Denetim Bakış Dergisi*, 2007, S. 23, ss. 127-139, s. 136.

lanacaktır.²⁵ Bu çerçevede, TTK'nun 357. maddesinde²⁶ düzenlenen ve emredici hüküm niteliğine haiz eşit işlem ilkesi de kurumsal yönetim kavramının unsurlarından adillik çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Buna göre, pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur.

C. Hesap Verebilirlik

Hesap verilebilirlik; ortaklığın yönetim organlarının, kendilerine tanınan yetkiler ve görevler kapsamında, şirket faaliyetlerinin sonuçları açısından sorumluluğunu düzenleyen bir ilkedir.²⁷ Hesap verilebilirlik ilkesinin uygulanması açısından, işletmenin yönetim kademesine özgülenen yetki ve sorumlulukların, işletme paydaşları ve çıkar gruplarının birbirleriyle dengeli bir biçimde yönetim organları tarafından düzenlenmesi gerekmektedir.²⁸ Finansal raporlamanın etkin bir şekilde işleyişi, hesap verilebilirlik ilkesinin işletmelerdeki uygulanması

²⁵ Cafer Eminoğlu, "Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından "Eşit Şartlarda Eşit İşlem" İlkesi", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2015, C. 1, S. 1, ss. 79-88, s. 80.

²⁶ 6102 Türk Ticaret Kanunu 357'inci madde gerekçesi:

"Tasarının 357'nci maddesi, Yargıtayın yerleşik kararıyla kabul edilen, AET'nin ticaret şirketlerine ilişkin, sermayeyi konu alan, 77/91 sayılı İkinci Yönergesinin 42'nci maddesinde öngörülmüş bulunan evrensel nitelikteki eşit işlem ilkesini kanunî bir üst-kural haline getirmiştir. Bu hüküm, bir taraftan organların öznel ve keyfi karar ve uygulamalarına bir üst hukuk kuralı ile kanunî bir barikat çekmekte, diğer taraftan da esas sözleşmelerdeki hükümlerin adil ve menfaatler dengesine uygun bir şekilde yorumlanmasını sağlamaktadır. İmtiyazlara ilişkin 478 ile 479'uncu maddelerin bu ilke yönünden değerlendirilmesi aşırılıkları önleyebilir. İlkenin bağluluk yükümüne de yeni anlamlar kazandıracığı şüphesizdir. Eşit işlem ilkesi ancak şartların eşit olması halinde uygulanabilir.

Pay sahipleri eşit işlem ilkesinden oyları ile ve somut olaya özgü olarak vazgeçebilirler. Ancak ilke bütünü ile ve her hâl için kaldırılamaz. Eşit işlem ilkesi bazı durumlarda mutlaklıktır.

Eşit işlem ilkesine aykırılığın hukukî sonucu, somut olayın şartlarına bağlı olmak şartı ile iptaldir; iptal söz konusu tek sonuç değildir. İlke pay sahiplerinin "pay sahibi" sıfat ve konumlarıyla ilgili olduğu için, şirket dışı işlemleri düzenleyen bir hüküm olan 358'inci maddeye uygulanmaz.

Kurumsal yönetim kurallarından hareketle, bir kısım yabancı yazarlar eşit işlem ilkesine pay sahiplerini aşan ve tüm şirket ilgililerini (stakeholder) kapsayan bir boyut kazandırmak istemektedir (bakınız. Genel Gerekçe 89 numaralı paragraf). Tasarının 357'nci maddesi ilkeyi pay sahiplerine özgülemiştir. Hükümün *lex specialis* olup olmadığı tartışmaya açıktır."

²⁷ Doğan, s. 137.

²⁸ Hasan Türedi/Gencay Karakaya/Mehmet İldem, "Kurumsal Yönetim ve İç Denetim İlişkisi", *Sayıştay Dergisi*, 2015, S. 96, ss. 55-74, s.60.

bakımından önem arz etmekte olup kamuoyu aydınlatması yapılacağı dönemlerde başvurulacak en önemli kaynaklar arasında yer almaktadır.²⁹

D. Sorumluluk

Sorumluluk unsuru, yönetim organlarınca gerçekleştirilen faaliyetlerin ve alınan kararların kanuna ve sözleşmelere uygun olup olmadığını denetimi ve gözetimini ifade etmektedir.³⁰ Buna göre, şirket sözleşmelerinde; yöneticilerin görev dağılımları, yetki sahaları ve bu görev ve yetkilere ilişkin sorumluluklarının açık ve net bir biçimde yer alması gerektiği ifade edilebilir.³¹

II. İŞ ADAMI KARARI İLKESİ KAVRAMI

A. Tanımı ve Kökenleri

İş adamı kararı ilkesi, Amerikan hukukunda *common law* sisteminde yargı kararlarıyla ortaya çıkmış bir kavram olup yönetim kurulu üyelerinin, şirkete dair verdikleri kararlar sonucu doğan zararlardan sorumlu tutulmalarını sınırlandıran³² ve böylece mahkemelerin yerindelik denetimi yapmasının önüne geçen bir kurumdur.³³ İş adamı kararının (BJR) ortaya çıkışı ABD şirket hukukunda 1800'lü yıllara dayanmaktadır. Günümüzde BJR olarak bilinen bu ilkenin hukuksal yansımasının kökleri 1829 yılında verilmiş bulunan Louisiana Yüksek Mahkemesi *Percy/Millaudon*³⁴ kararında bulunmaktadır.³⁵ BJR'nin ku-

²⁹ Fatma Pamukçu, "Finansal Raporlama ile Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflıkta Kurumsal Yönetimin Önemi", *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, 2011, S. 50, ss. 133-148, s.138.

³⁰ Doğan, s. 137.

³¹ Hasan Pulaşlı, *Corporate Governance- Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Ankara, 2003, s. 93.

³² Lori McMillan, "The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine", *William & Mary Business Law Review*. 2013, Vol. 4, I. 2, pp. 521-574, p. 521.

³³ Bozkurt Yaşar, s. 5; Hasan Pulaşlı, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2009, C. 25, S. 1, ss. 27-63, s. 58.

³⁴ *Percy v. Millaudon*, 3 La. 568 (1832).

³⁵ S. Samuel Arsht, "The Business Judgment Rule Revisited", *Hofstra Law Review*, 1979, Vol. 8, I. 1, pp. 93-134.

rucusu sayılan bir diğer mahkeme kararı ise Alabama yüksek mahkemesinin 1847 yılında verdiği *Godbold/Branch Bank* kararıdır.³⁶ İlgili kararda mahkeme heyetince şu ifadelerle yer verilmiştir: “İyi niyetle ve makul özen ve titizlikle hareket eden, buna rağmen ya kanuna ya da gerçeğe ilişkin olarak bir hataya düşen bir yönetim kurulunun böyle bir hatanın sonuçlarından sorumlu olmadığını düşünüyoruz.”³⁷ Bu karar, Amerikan şirketler hukukunda yöneticinin yanılma payının olduğunu açıkça tanımaktadır. Mahkeme, yöneticiler sorumluluklarını dürüstçe yerine getirdikleri ve iyi niyetle karar verdikleri sürece, alınan kararlarının sonucundan şahsen sorumlu tutulamayacaklarına hükmetmiştir.

İş adamı kararı ilkesinin ABD hukukundaki esaslı gelişiminin kaynağı ise özellikle Delaware eyalet mahkemelerinin kararları olmuştur.³⁸ İlkeye ilişkin kapsamlı değerlendirmelerde bulunan *Aronson v. Lewis* kararında da belirtildiği gibi, iş adamı kararı ilkesi, şirketin yöneticilerinin bir ticari karar alırken bilgiye dayalı olarak, iyi niyetle ve alınan kararın şirketin çıkarlarına en uygun olduğuna dair dürüst bir inançla hareket ettiklerine dair bir karinedir. Takdir yetkisinin kötüye kullanılması söz konusu olmadıkça, bu karara mahkemeler tarafından saygı gösterilecektir. Karineyi çürütecek olguları ortaya koyma yükümlülüğü, karara itiraz eden tarafa aittir.³⁹

Konuyla ilgili en ünlü davalardan biri 1985 yılında *Delaware* yüksek mahkemesinde görülen *Smith v. Van Gorkom* davasıdır. Bu davada şirketin yönetim kurulundakiler kısıtlı bir zamanları olduğu için yeterince araştırmadan, sözleşmeyi okumadan şirket birleştirilmesine karar vermiştir. Mahkeme yöneticilerin gerekli olan standart gözetimi yapmamasını ihmal olarak değerlendirmiştir. Bu karar BJR’ye uymadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁴⁰

³⁶ *Godbold v. Branch Bank*, 11 Ala. 191 (1847).

³⁷ Paul Nimmerfall/Lukas Josef Peissl, “The Business Judgment Rule and its Impact on Austrian Law”, *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2015, Vol. 23, I. 4, pp. 352-357., p. 352.

³⁸ Özdemir, s. 15.

³⁹ *Aronson v. Lewis*, 473 A 2d 805 (Del. 1984).

⁴⁰ Robert J. Rhee, “The Tort Foundation of Duty of Care and Business Judgment”, *Notre Dame Law Review*, 2013, Vol. 88, I. 3, pp. 1139-1198, p. 1146.

Mahkemelerde BJR ilkesinin uygulanmasının bilinen başka bir örneği de *Kamin v. American Express Co.*⁴¹ davasıdır.⁴² *American Express* bir yatırım bankasından hisse satın almıştır. Hissenin değeri sonradan düşmüştür. Bu durumda hisseleri satmak veya hissedarlara temettü olarak dağıtmak şeklinde 2 yol vardı. Doğru olan hisseleri satmaktı ancak yöneticiler yanlış bir karar alarak hisseleri paydaşlara dağıttı. Kararın yanlış olduğu teknik olarak çok belli olmasına rağmen, mahkeme BJR'yi uygulayarak açılan davayı reddetti. Çünkü yöneticiler konuyla ilgili yeterince bilgiliydi ve karar vermek için yeterli özeni göstermişlerdi.

2006 tarihli *Delaware* eyaletinde görülen *Stone v. Ritter* kararı ise kuralın klasik bir uygulamasını göstermektedir. Bu durumda, federal hükümet, federal kara para aklama kanunlarının gerektirdiği raporları sunma başarısızlıkları nedeniyle *AmSouth Bank'a* para cezası verdi. *AmSouth Bank* hissedarları, şirketin ihlallerin meydana gelmesini engelleyebilecek izleme ve raporlama sistemleri uygulamasını zorunlu kılarak bakım görevlerini ihlal ettiklerini iddia ederek bankanın yöneticilerine dava açtılar.⁴³

Mahkeme, ise yargılama sonucunda kararı varsayımının uygulandığına karar vermiş ve böylece pay sahiplerinin talep ettiği izleme sistemini uygulamama kararlarından dolayı yöneticileri sorumluluktan korumuştur. Anılan kararda Mahkeme, iş muhakemesi kuralının sorumluluk korumasının üstesinden gelmek için pay sahiplerinin “kurulun gözetim uygulamalarında sürekli veya sistematik bir şekilde başarısız olması” veya “iyi niyet eksikliğini” ortaya koymaları gerektiğine karar vermiştir.⁴⁴

Dava sırasında sanık yöneticiler kararı varsayımının uygulanmasına yönelik olarak kara para aklama ile mücadele kanunlarına nasıl uyulacağına ilişkin usul ve politikalar çıkardıklarını mahkeme heyetine delil olarak sunmuş. Ayrıca, sanık yöneticiler, uyum departmanından periyodik raporlar talep ettiklerini, talep edilen raporlar kapsamında

⁴¹ *Kamin v. American Express Co.*, 86 Misc. 2d 809, 383 N.Y.S.2d 807.

⁴² Rhee, p. 1149-1150.

⁴³ Supreme Court of Delaware, *Stone - Ritter*, No: 93, 2006, 911 A.2d 362, LEXIS 597 <https://casetext.com/case/stone-v-ritter> (Erişim Tarihi: 27.11.2023)

⁴⁴ *Stone- Ritter*.

karar güven olgusuyla karar aldıklarını savunmalarında kanıtlama yoluna gitmişlerdir. Sonuç olarak mahkeme kararında Şirket kanunları çiğnenmiş olmasına rağmen, ilgili şirketin sistemi bu ihlalleri önleyememiş veya tespit edememiş olsa da, yöneticilerin şirketlerini korumak için makul olduğuna inanılan çabayı gösterdiklerine kanaat getirmiş ve çabalarının başarısız olmasının gözetim görevlerini ihlal ettiklerinin doğal bir göstergesi olmadığı yönünde karar vermiştir.⁴⁵

Almanya’da ise kararı ilkesi ilk başlarda doktrinde tartışılmış, sonrasında içtihatlar ile tanınmış ve nihayet Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu’nun (*aktiengesellschaft*) (AktG) 93. maddesinin ilk fıkrasına eklenen bir hüküm ile pozitif hukukta norm olarak yerini almıştır.⁴⁶ AktG m. 93/1 c.2’ de düzenlenen kararı ilkesi kapsamındaki sorumluluk davalarında Alman hukukunda yönetim kurulu üyelerinin kararı ilkesine aykırı davranıp davranmadıkları hususunda ispat yükü kendilerindedir.

Anılan madde hükmün gerekçesine göre kararı ilkesinin sorumluluk davalarında ileri sürülebilmesi ve değerlendirme kapsamına alınabilmesi için alınan yönetim kurulu kararının aşağıdaki beş şartı taşıması gerekmektedir.⁴⁷

1. İşletme faaliyetleri ile ilgili bir kararın bulunması (*unternehmerische entscheidung*)
2. İyi niyetli davranılması (*gutglaubigkeit*)
3. Kişisel çıkar ve yabancı dış bir etkiye dayalı olmaması (*handeln ohne sonderinteressen und sachfremde*)
4. Şirket menfaatleri doğrultusunda davranılması (*handeln zum wohle der gesellschaft*)
5. Makul ve uygun bilgi temeline dayalı hareket (*handeln auf der grundlage angemessener information*)

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ile Alman Hukukunun kararı özelindeki temel farkları ise aşağıda belirtilmiştir.⁴⁸

⁴⁵ Stone- Ritter.

⁴⁶ Bozkurt Yaşar, s. 20.

⁴⁷ Bozkurt Yaşar, s. 6; Özdemir, s. 106.

⁴⁸ Özdemir, s. 109-112.

ABD hukukunda yönetim kurulu üyesinin karar alma sürecine dair yükümlülükleri yerine getirirken hukuken sorumlu olmadığı karinesi hâkimken Alman hukukunda bu yönde bir karineye yer verilmemiştir.

ABD hukukunda ilkenin belirlendiği karine kapsamında nihai hedef karar alma süreci özelinden belirlenmekte ve karinenin aksi davacı tarafından iddia edilip ispatlanmadıkça, kararın içeriği veya karara bağlanmış sonuçlar bakımından değerlendirilmesine geçilmemektedir.

ABD hukukunda alınan kararın mevzuata açık bir şekilde aykırı olması durumunda, ilgili kararın alınma sürecindeki işleyiş kapsamında ortaya çıkan unsurların eksikliği bakımından güçlü bir işaret olarak yorumlanması ve bu sebeple karinenin aksinin ispatlanması hususunda kullanılması mümkünken Alman hukukunda ise mevzuata ve/veya esas sözleşmeye aykırı olarak alınan yönetim kurulu kararlarına karşı kararı ilkesi uygulanmamaktadır.

İş adamı kararı ilkesi, hem davacılar için usulü bir rehber hem de maddi bir hukuk kuralı olarak işlemektedir. Bir ispat kuralı olarak, “bir şirketin yöneticilerinin bir iş kararı verirken bilgiye dayalı olarak [yani, gerekli özeni göstererek], iyi niyetle ve alınan eylemin şirketin yararına olduğuna dair dürüst bir inançla hareket ettiklerine dair bir karine” oluşturur. Bu karine ilk olarak, “dolandırıcılık, kötü niyet ya da kişisel kâr ya da menfaat sağlama gibi olağan anlamda kendi çıkarına işlem” yapıldığına dair herhangi bir kanıt bulunmaması halinde, yönetim kurulunun verdiği ya da görünürdeki yetkisi dahilinde yönetici tarafından onaylanan bir işleme bağlanır.⁴⁹

Yöneticilerin hizmet ettikleri şirketlere ve hissedarlara karşı güvenden doğan yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu görevler arasında özen ve sadakat yükümlülüğü de vardır. Olağan güven ilişkisi, bu görevlerin ihlalini sorumluluk için yeterli bir gerekçe olarak görmektedir: İhlal eşittir sorumluluk. Ancak yöneticiler için durum böyle değildir. İş adamı kararı ilkesi (BJR), belirli diskalifiye edici davranışlar tespit edilmediği sürece, yöneticileri bu sıfatla aldıkları kararlar için kişisel sorumluluktan koruyan, yargı kararlarıyla oluşturulmuş bir doktrindir.⁵⁰

⁴⁹ Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345 (Del. 1993).

⁵⁰ McMillan, p. 524.

İş adamı kararı ilkesi, yöneticiler tarafından iyi niyetle alınan kararların, geriye dönüp bakıldığında kararların kusurlu veya hatalı olduğu ortaya çıksa bile korunmasını sağlamaktadır.⁵¹

Mahkemeler iş adamı kararı ilkesini bir sorumluluk standardı olarak görme eğilimindedir. Çünkü bu kural, mahkemelerin bir yöneticinin davranışının kişisel sorumluluk doğurup doğurmadığını belirlerken kullandıkları testi oluşturur.⁵² Bu test, davacının hile, hukuka aykırılık, kendi çıkarına işlem ya da yönetim kurulunun karar vermemesi gibi belirli koşulların varlığını ortaya koyarken ispat yükünü yerine getirmesini gerektirmektedir.⁵³ Davacı bu yükümlülüğü yerine getirmese, mahkeme, yöneticiyi ilgili kararla ilgili kişisel sorumluluktan korumak için işadamı kararı ilkesini uygulayacaktır. Ancak ağır ihmal içeren kararlar korunmayacaktır.⁵⁴

İş adamı kararı ilkesinin özü, her zaman, mahkemeler tarafından iş kararlarının geriye dönük olarak değerlendirilmemesi gerektiğinin kabul edilmesi olmuştur. Belirli bir iş programının başarısız olduğunu tespit etmek genellikle kolay olsa da başarısızlık durumunda bile, belirli bir iş kararının koşullar altında bir hata olup olmadığını belirlemek genellikle imkânsızdır. Mahkemelerin bu tür konularda karar verebilecek deneyim ya da yeteneği bulunmamaktadır. Sofistike modern mahkemeler, yöneticilere yenilikçi ve deneysel olma ve dolayısıyla hata yapma serbestisi verilmediği sürece özel sektör girişimcilik sürecinin işleyemeyeceğini açıkça kabul etmektedir.⁵⁵

B. Uygulama Şartları

İş adamı kararı ilkesinin uygulanabilmesi için gerekli olan unsurlar; yöneticiler tarafından verilmiş bir kararın bulunması, bu kararın

⁵¹ McMillan, p. 526.

⁵² Melvin Aron Eisenberg, "The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law", *Fordham Law Review*, 1993, Vol. 62, I. 3, pp. 437-468, p. 444-445 (Aktaran: McMillan, p. 529).

⁵³ Stephen M. Bainbridge, "The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine", *Vanderbilt Law Review*, 2004, Vol. 57, I. 1, pp. 83-130, p. 96 (Aktaran: McMillan, p. 529).

⁵⁴ Bainbridge, p. 100 (Aktaran: McMillan, p. 530).

⁵⁵ Bayless Manning, "Business Judgment Rule and the Director's Duty of Attention: Time for Reality", *Business Lawyer (ABA)*, August 1984, *Business Lawyer (ABA)*, Vol. 39, I. 4, pp. 1477-1502, p. 1491.

kişisel menfaat bulunmaksızın ve etki altında olmadan tarafsız ve bağımsız şekilde, konu hakkında makul ölçüde bilgilenmiş ve iyi niyetli olarak (şirket menfaatine hareket edildiğine dair dürüst inanç) alınmasıdır.⁵⁶ İlkenin yargı kararlarına dayanması sebebiyle uygulanma unsurları arasında kimi kararlarda hukuka aykırılık, akıldışı karar, hileli davranışlar ve görevin kötüye kullanılması gibi farklı şartlar⁵⁷ aranmakta ise de tarafımızca da katılınan görüş uyarınca, bu şartların iyi niyet (şirket menfaatine hareket edildiğine dair dürüst inanç) unsurunun özel görünüş biçimlerinden olduğu, dolayısıyla bu şartların varlığı halinde şirket menfaatine hareket edildiğine dair dürüst inancın bulunmadığından söz edilebilir.⁵⁸

1. Bir Kararın Varlığı

İş adamı kararının uygulanabilmesi için, yönetim kurulu tarafından alınmış bir kararın varlığı (*business decision*) gereklidir.⁵⁹ Bu karar, usulüne uygun ve bilinçli olarak alınmış olmalıdır.⁶⁰ İş adamı kararı ilkesinin yalnızca yönetici eylemi bağlamında işlediği unutulmamalıdır. Yöneticilerin görevlerinden feragat ettikleri ya da bilinçli bir karar olmaksızın harekete geçmedikleri durumlarda hiçbir rolü yoktur. Ancak, geçerli ilkeler uyarınca, harekete geçmekten kaçınmaya yönelik bilinçli bir kararın yine de geçerli bir iş adamı kararı uygulaması olabileceği ve kuralın korumalarından yararlanabileceği de ortadadır.⁶¹ Bununla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin, gözetim yükümlülüklerini ihmal ederek karar almamaları durumunda ilkenin uygulama alanı bulacağı söylenemez.⁶²

⁵⁶ Aronson v. Lewis.

⁵⁷ Bozkurt Yaşar, s. 16.

⁵⁸ Bozkurt Yaşar, s. 16; Hacımahmutoğlu, s. 124.

⁵⁹ Özdemir, s. 53.

⁶⁰ Pulaşlı, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu", s. 59.

⁶¹ Aronson v. Lewis; aynı yönde bkz. Bozkurt Yaşar, s. 60; Özdemir, s. 54.

⁶² "Örnek olarak yönetim kurulu üyelerinin, şirket yöneticisinin şirketi dolandırmak amaçlı faaliyetlerde bulunduğu konusunda bazı duyurular almaları halinde, konu hakkında hiçbir araştırma yapmamış olmaları sebebi ile kendilerine dava açılması durumunda, iş adamı kararı ilkesi uygulama alanı bulmaz. Ancak yönetim kurulu üyeleri, konu hakkında düşünerek, önlem almanın çok masraflı ve etkisiz olduğuna kanaat getirerek, herhangi bir faaliyette bulunmamaya yönelik bir karar almış iseler ilkenin uygulanması mümkündür". Bozkurt Yaşar, s. 61-62.

İş adamı kararı ilkesi, yönetim kurulu kararları hakkında uygulanabildiği gibi, yönetimin devri durumunda üyelerin ya da üçüncü kişilerin aldıkları kararlar bakımından da uygulanabilecektir.⁶³

2. Makul Ölçüde Bilgilenmiş Olmak

İlkenin uygulama alanı bulmasının bir diğer şartı, yöneticilerin kararı alırken karara konu olgular hakkında araştırma yapıp makul ölçüde bilgi edinmiş olmaları ve böylece özen yükümlülüklerini yerine getirmeleridir.⁶⁴

Yönetim kurulu bağlamında, bir iş kararıyla ilgili olası durum ve koşulların doğal bir sınırı yoktur. Ne zaman ve nerede durulacağı, kararın önemini (o anda algılandığı şekliyle), daha fazla takibin maliyetini, yönetim kurulunun şimdiye kadar alınan cevaplara olan güvenini, konuyu araştırdığını iddia eden ve yönetim kuruluna rapor veren kişilere olan güveni, yöneticilerin belirli bir konu hakkındaki endişelerinin özel yoğunluğunu, diğer önemli konulara dikkat çekmek için rekabet eden talepleri, araştırmacının yönetim kurulu içinde her zaman sınırlı olan politik sermaye kaynağını hangi oranda ve hangi konuda kullanmaya karar verdiğini içeren anlık koşullarda her zaman sofistike bir muhakeme meselesidir.⁶⁵

*American Law Institute Kurumsal Yönetim İlkeleri*⁶⁶ bölüm 4.01(c) (2), iş adamı kararı ilkesinin uygulanabilirliğinin bir koşulu olarak, yöneticilerin “iş kararının konusuyla ilgili olarak, koşullar altında uygun olduğuna makul olarak inandığı ölçüde bilgilendirilmesini” şart koşmaktadır.⁶⁷

⁶³ Bozkurt Yaşar, s 62;

⁶⁴ Bozkurt Yaşar, s 64.

⁶⁵ Manning, p. 1488-1489.

⁶⁶ A.L.I., Principles Of Corporate Governance (Tent. draft no. 4, 1985).

⁶⁷ “Şerhinde de açıklandığı gibi:

İçtihat hukuku ve öğretinin büyük çoğunluğu, iş adamı kararı ilkesinin sağladığı yasal izolasyon için bilinçli bir kararın (örneğin, yönetim kuruluna sunulan açıklayıcı bilgilere dayanılarak yapılmış) ön koşul olduğu önermesini desteklemektedir. Çok alıntılanan bir açıklamada, *Casey v. Woodruff*, 49 N.Y.S. 2d 625, 643 (Sup. Ct. 1944) kararında mahkeme şunu gözlemlemiştir: Mahkemeler iş kararı meselelerine müdahale etmeyeceklerini söylediklerinde, muhakemenin -makul özenin- gerçekten de gösterilmiş olduğu varsayılmaktadır. bkz. *Treadway Companies, Inc. v. Care Corp.*, 638 F.2d 357, 384 (2d Cir. 1980) (*Woodruff* kararının

Sonuç olarak, kanun, tıpkı yönetim kurulunun gündemi hakkında karar vermesine gerçekçi bir şekilde izin vermesi gerektiği gibi, yöneticinin araştırmasının kapsamı ve derinliği hakkında karar vermesine izin vermelidir.⁶⁸

3. Tarafsız ve Bağımsız Olmak

Yönetim kurulu üyelerinin ya da yöneticilerin, iş adamı kararı ilkesinin korumasından faydalanabilmesi için tarafsız ve bağımsız olmaları gerekmektedir.⁶⁹ Korumadan faydalanmak isteyen yöneticilerin, korumaya konu karardan menfaat teminini amaçlamamaları, şirketle işlem yapma (*self dealing*) yasağına uymaları, etki altında kalmamaları veya bir menfaat çatışmasının bulunmaması (*disinterested and independent judgment*) gerekir.⁷⁰

Finansman üzerinde doğrudan kontrolü ve yönetim kurulu üzerinde büyük etkisi olan hâkim hissedarın şirket varlıklarına el koyma riski ve dolayısıyla şirketin varlıklarının nasıl kullanılacağına ilişkin

açıklamasını onaylayarak alıntılanmıştır). Profesör Ballantine konuyla ilgili şu sonuca varmıştır: “Bu ‘iş adamı kararı ilkesinde’ makul özen ve dikkatin gösterildiği varsayılmaktadır”. H. Ballantine, *Law Of Corporations*

§ 63a at 161 (rev. ed. 1946); örneğin bkz., *Joy v. North*, 692 F.2d 880, 886, 896 (2d Cir. 1982), cert. denied, 460 U.S. 1051 (1983); *Arsht, The Business Judgment Rule Revisited*, 8 HOFSTRA L. REV. 93, 111 (1979) (İş adamı kararı ilkesi, “oy kullanmadan önce ilgili ve mevcut gerçekleri tespit etmek için gerekli özeni göstermeyen” yöneticiler için geçerli olmamalıdır.) ...

§ 4.01(c)(2)’de yer alan bilgilendirilmiş karar önkoşulu, bir kararın kendi niteliğinden ziyade, bir yönetici veya yetkilinin bir iş kararı verirken hazırlıklı olmasına odaklanmaktadır.

§ 4.01(c)’de belirtilen standardın anlaşılmasının temelinde, istenen bilginin kapsamının, yönetici veya yetkilinin “koşullar altında makul olarak uygun olduğuna inandığı” bilgi olduğunun kabul edilmesi yatmaktadır. Burada, Bölüm IV’ün başka yerlerinde olduğu gibi, “makul ölçüde inanç” terimi hem nesnel hem de öznel bir içeriğe sahiptir. A.L.I., *PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE* § 4.01(c) comment e. (Tent. Draft No. 4, 1985). (Aktaran: Melvin Aron Eisenberg, “The Duty of Care of Corporate Directors and Officers”, *University of Pittsburgh Law Review*, 1990, Vol. 51, I. 4, pp. 945-972, p. 959-960, dn. 41).

⁶⁸ Manning, p. 1489.

⁶⁹ Pulaşlı, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu”, s. 61; Esin Önal, “Amerikan hukuku ışığında iş adamı kararı ilkesi”, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Doktora Tezi, 2022, s. 61.

⁷⁰ Göktürk, s. 215; Bozkurt Yaşar, s. 65; Önal, s. 61-64.

karar verme süreci üzerinde etkisi vardır. Bu durum, Türk şirketlerinde hâkim olan kurumsal yönetim sorunudur. Hâkim hissedarın yönetim kurulu üzerindeki etkisi nedeniyle kanun, yöneticileri şirkete karşı sadakat yükümlülüğü altına sokmayı amaçlamıştır. Şirket ile hâkim ortak arasında çıkar çatışmasının ortaya çıktığı durumlarda, sadakat yükümlülüğü kapsamında, yöneticiler, şirketin çıkarları yerine hâkim ortakların (veya yakınlarının) çıkarlarının gözetilmemesi için gerekli önlemleri almak zorundadır.⁷¹

4. İyi Niyetli Olmak (Şirket Menfaatine Hareket Edildiğine Dair Dürüst Bir İnanca Sahip Olmak)

Yöneticiler, yönetim ile ilgili kararları alırken iyi niyetle hareket etmelidirler (*to act bona fide*). İyi niyet, kararın alındığı anda mevcut olmalıdır; sonradan şartların değişmesi ilkenin uygulanması açısından önem arz etmemektedir.⁷²

İş adamı kararı ilkesinin uygulanma unsurlarından iyi niyet, yöneticilerin karar alırken şirketin menfaatine⁷³ hareket ettiklerine dair dü-

⁷¹ Hatice Kübra Kandemir, "Anonim Şirket Yöneticilerinin Kurumsal Sosyal Sorumluluk ile İlgili Görev ve Sorumlulukları: Türk Şirketler Hukuku Açısından Bir Değerlendirme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 29, S. 3, ss. 2209-2233, s. 2216.

⁷² Göktürk, s. 219.

⁷³ Şirket Menfaati, şirketin tüzel kişi olarak geçerli olan varlığını dürüstlük kuralı çerçevesinde ekonomik devamlılığını ve bu kapsamda elde edilecek faydaları hukuksal olarak mümkün olan en uygun şekilde devam ettirmesi demektir. bkz.: Muhammed Sulu, *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, On İki Levha Yayıncılık*, 1. baskı, İstanbul, 2019 s. 12.

Türk Ticaret Kanunu'nda şirket menfaati tanımlanmamıştır. Ancak pek çok maddede şirket menfaati kavramının kanun koyucu tarafından somut hükümlerle veya soyut halde ruh ve muhteviyat olarak madde hükümlerine aktarıldığından ve kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde şirket menfaati kavramının korunmasına özen gösterildiğinden bahsedilebilir.

TTK'nın şirketler hukukuna ilişkin 202/1-(d), 222/1, 223/1, 281/2, 343/2, 353/1, 367/1, 369/1, 393/1,393/2,396/1,437/3, 442/2, 523/1-(b), 600/3, 608/3-(b), 613/2, 626/1 maddeleri şirket menfaatinin somut olarak düzenlendiği maddelere örnek olarak verilebilir.

TTK'da şirket menfaatinin neden tanımlanmadığı esasen TTK'nın bilgi alma ve inceleme kenar başlıklı 437. maddesinin gerekçesinde açıklanmıştır. Gerekçede yer alan ifadelerden anlaşılacağı üzere kanun koyucu şirket menfaatini dar veya geniş bir tanımla belirtmekten isteyerek kaçındığını bu durumun sebebinin ise uy-

rüst bir inanca sahip olmalarını ifade eder. Bu bakımdan Türk hukukunda daha çok TMK 2'inci madde kapsamındaki dürüstlük kuralıyla bağdaştırılmaktadır.⁷⁴ İş adamı kararı ilkesi, yöneticilerin iyi niyetle hareket ettiğine dair bir karine oluşturmaktadır.⁷⁵

Amerikan hukukunda, yöneticilerin şirketle aralarında güven ve sadakatten doğan yükümlülükleri (*fiduciary duties*) olduğu kabul edilmektedir.⁷⁶ Delaware Yüksek Mahkemesi, bu yükümlülüklerin üç unsurdan oluştuğunu belirtmiştir: özen, sadakat ve iyi niyet.⁷⁷ Buna göre, yöneticinin sadakatle ve uygun özenle hareket etme görevine karşı bilerek veya kasıtlı kayıtsızlığı, dürüstçe ve şirketin çıkarlarını en iyi şekilde ilerletmek için iyi niyetle yapılmamış olabilecek bir davranıştır.⁷⁸

Şirket menfaatine ilişkin özel bir tanım bulunmamakla birlikte, kanunda şirket menfaatlerinin korunması gerektiği ve bunun da yönetim kurulu eliyle yapılabileceği vurgulanmaktadır. Yönetim kurulu, şirketin yönetimi ve temsili ile görevli tek organdır (TTK, 365'inci madde) ve şirket adına şirketin amaç ve işletme konusuna giren her türlü ticari ve hukuki işlemi yapabilir (TTK, 371'inci madde). TTK 369/1'inci maddeye göre, "şirket adına hareket etme yükümlülüğü iyi niyetle şirketin menfaatini en iyi şekilde gözetme" ilkesi, yöneticilerin (veya başkalarının) kişisel çıkarlarının şirketin çıkarlarının önüne geçmeyeceği şekilde yöneticilerin kararlarına bir sınır çizmektedir. Bu doğrultuda, şirketin menfaatleri doğrultusunda hareket etme yükümlülüğü (yani sadakat yükümlülüğü), şirketin menfaatlerinin yöneticiler, hâkim hissedarlar veya hâkim hissedarların yakınları ve diğer üçüncü şahıslar gibi başkalarına karşı korunmasını sağlamaktadır.⁷⁹

gulamayı dondurmamak veya genişletmemek özeninden kaynaklandığını ifade etmiştir.

⁷⁴ Önal, s. 66-67.

⁷⁵ Aronson v. Lewis.

⁷⁶ Hacımahmutoğlu, s. 115; Önal, s. 67.

⁷⁷ Hillary A. Sale, "Delaware's Good Faith", 89 *Cornell Law Review*. 2004, Vol. 89, I. 2, pp. 456-495, p. 463.

⁷⁸ Walt Disney Co. Derivative Litig., 825 A.2d 275, 289 (Del. Ch. 2003).

⁷⁹ Kandemir, s. 2215.

III. KURUMSAL YÖNETİM PERSPEKTİFİNDE İŞ ADAMI KARARI İLKESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İş adamı kararı ilkesinin altında çeşitli idare gerekçeler yattığı söylenmektedir. Çeşitli şekillerde ifade edilse de bu gerekçeler üç geniş kategoriye ayrılmaktadır. Bunlar: yöneticileri hizmet vermeye ve risk almaya teşvik etmek; iş kararlarına yargının müdahalesini önlemek ve yönetim kurulunun kurumsal yönetimdeki merkezi karar alma rolünü korumaktır.⁸⁰

Mahkemeler, geriye dönüp bakıldığında, yetkin yöneticilerin de hatalı kararlar alabileceklerini kabul etmektedir.⁸¹ Bu kararlar bir şirketin önemli miktarda para kaybetmesiyle sonuçlanırsa, yöneticilerin bu zarardan çok kolay sorumlu tutulmaları, kişileri yönetici olarak görev yaptıran caydırıcaktır. Sonuç olarak, yöneticilerin hatalı kararlarından dolayı kişisel olarak sorumlu tutulmasını zorlaştıran bir yasal kural -yani iş adamı kararı ilkesi- “aksi takdirde kişisel sorumluluk korkusuyla görev almayı reddedebilecek yetkin kişileri yönetici olmaya teşvik etmektedir”.⁸²

İş adamı kararı ilkesi, yöneticilere iş kararlarında önemli bir serbesti tanımak üzere tasarlanmıştır.⁸³ Delaware mahkemeleri bu felsefeyi, yönetici kararlarının maddi sağlamlığını değerlendirmeyi reddederek ve yöneticileri yalnızca ağır ihmâl standardına tabi tutarak uygulamaktadır.⁸⁴

İş adamı kararı ilkesine uymak, “girişimcinin işlevinin risklerle karşılaşmak ve belirsizlikle yüzleşmek olduğu gerçeğini ve verildiği anda mantıklı bir kararın yıllar sonra mükemmel bir bilgi birikimine sahip olunduğunda çılgınca bir önsezi gibi görünebileceğini”⁸⁵ göz ardı etme eğilimini uygun bir şekilde bastırmaktadır.⁸⁶

⁸⁰ Lyman P. Q. Johnson, “Corporate Officers and the Business Judgement Rule”, *Business Lawyer (ABA)*, February 2005, Vol. 60, I. 2, pp. 439-470, p. 455.

⁸¹ Dennis J. Block Et AL., *The Business Judgment Rule: Fiduciary Dunes of Corporate Directors* 97-98 (5th Ed. 1998) (emphasis added), s. 12 & n.49 Aktaran: Johnson, p. 455).

⁸² *Air Line Pilots Ass’n Int’l v. UAL Corp.*, 717 F Supp. 575, 582 (N.D. Ill. 1989), aff’g, 897 F2d 1394 (7th Cir. 1990). (Aktaran: Johnson, p. 455-456).

⁸³ *Gagliardi v. Trifoods Int’l, Inc.*, 683 A.2d 1052, 1053 (Del. Ch. 1996) (Aktaran: Johnson, p. 456).

⁸⁴ Johnson, p. 456

⁸⁵ *Joy v. North*, 692 F2d 880, 886 (2d Cir. 1982), cert. denied, 460 U.S. 1051 (1983) (Aktaran: Johnson, p. 457).

⁸⁶ Johnson, p. 457.

Mahkemeler sıklıkla işadamı kararı ilkesini, şirketler mevzuatının, bir şirketin iş ve işlemlerinin yönetim kurulu tarafından veya yönetim kurulunun yönlendirmesi altında yönetildiğini düzenleyen bölümüyle ilişkilendirmektedir.⁸⁷ İşadamı kararı ilkesi, yargısal denetimi sınırlandırarak, “yetkinin yönetim kurulunda merkezileştirilmesine ilişkin yasal düzeni korumaktadır”.⁸⁸ Ters halde, hissedarlara yönetici kararlarına itiraz etme yetkisinin çok kolay bir şekilde verilmesi, “nihai karar alma yetkisinin yönetim kurulundan bir şikayeti imzalamaya istekli olan herhangi bir hissedara devredilmesine” hizmet edebilir.⁸⁹ Dolayısıyla, yönetim kurulu eylemlerine yönelik bir yargı politikası, hem hissedar hem de yargı müdahalesine karşı yönetici otoritesini korumaktadır.⁹⁰ Bu durum, yasama organı tarafından tasarlanan kurumsal yönetim düzenlemesinin şartlarını da yerine getirmektedir.⁹¹

İyi niyetle hareket eden yöneticiler, işlerini yaparken kurumsal yönetim normlarına ve yasal standartlara uyarlar. Bunu yapmaktaki dikkatsiz veya göze çarpan başarısızlıklar, iyi niyet yükümlülüğü altında sorumluluğa tabidir. Örneğin, yöneticiler, şirket veya yetkilileri hakkındaki şikayetlerin yeterli özen ve dikkat gösterilerek dürüst ve kapsamlı bir şekilde soruşturulmasını sağlamalıdır. Kendilerine aktarılan bilgileri dinlemeli ve sadece doğruluğu için değil, aynı zamanda bunu bildirenlerin iyi niyeti için de sorgulamamalıdır. Yetkililer, uygun yönetimin sağlanması için şirket içinde uygun sistemler kurmalı ve bulduklarını yöneticilerle paylaşmalıdır. Bu şekilde hareket etmeyen yöneticiler, iyi niyet yükümlülüklerini ihlal etmiş olurlar. Güvenine dayanan kişiler (yöneticiler) önemli kararlar verirken, önemli bir programa başlamadan, onay vermeden veya bir soruşturmayı son-

⁸⁷ Bkz. *Cede & Co. v Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345, 360 (Del- 1993), modified, 636 A.2d 956 (Del. 1994) (Aktaran: Johnson, p. 457).

⁸⁸ Michael Dooley/E. Norman Veasey, “The Role of the Board in Derivative Litigation: Delaware Law and the Current ALI Proposals Compared”, 44 *Bus. Law.* 503, 522 (1989) (Aktaran: Johnson, p. 457).

⁸⁹ Michael Dooley, “Not in the Corporation’s Best Interests”, *A.B.A. J.*, May 1992, p. 45 (Aktaran: Johnson, p. 457).

⁹⁰ Bkz. *In re Fuqua Indus., Inc. S’holder Litig.*, No. CIV A. 11974, 1997 WL 257460, p. 12 (Del. Ch. May 13, 1997) (“Şirketin işlerini yönetmek için en iyi konumda olan Mahkeme değil, yönetim kuruludur.”) (Aktaran: Johnson, p. 458).

⁹¹ Johnson, p. 458

landırmadan önce maddi ve makul olarak mevcut tüm gerçekleri ve seçenekleri bildiklerinden emin olmalıdırlar.⁹²

“Kurumsal yönetim” terimi, yöneticiler, müdürler ve hissedarlar arasındaki güç dengesini ifade etmek için yaygın olarak kullanılmaktadır. O halde iyi kurumsal yönetim, yöneticilerin ve müdürlerin yaptıkları ile hissedarların istekleri arasında bir denge kurulmasını sağlar.⁹³

Kurumsal yönetime ilişkin güncel tartışmalarda iş adamı ilkesinin önemi, kuralın, yöneticilerin dürüst muhakeme hatalarından veya popülar olmayan iş kararlarından sorumlu olmamaları gerektiğine dair basit kabulünde yatmamaktadır. Bunun önemi, sorumluluğa karşı bir savunma olarak kullanılabilmesinin önündeki sınırlamalarda ve bu sınırlamaların oluşturduğu yönetsel davranış standardında da yatmaktadır.⁹⁴

SONUÇ

İlk kez Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkmış olan “iş adamı kararı ilkesi” (*business judgment rule*), yönetim kurulu üyelerinin, yaptığı işlerden sorumluluklarının değerlendirilmesinde bir ölçüt olarak kullanılmaktadır. İlke, Türk pozitif hukukunda düzenlenmemiş olmakla birlikte, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun “Özen ve bağlılık yükümlülüğü” başlıklı 369. maddesinin gerekçesinde kendine yer edinmiştir. TTK 369’uncu madde hükmü uyarınca, “yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyararak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar”.

İş adamı kararı ilkesi, Amerikan hukukunda *common law* sisteminde yargı kararlarıyla ortaya çıkmış bir kavram olup yönetim kurulu üyelerinin, şirkete dair verdikleri kararlar sonucu doğan zararlardan sorumlu tutulmalarını sınırlandıran ve böylece mahkemelerin yerinde denetimi yapmasının önüne geçen bir kurumdur. İş adamı kararı ilkesi, yöneticiler tarafından iyi niyetle alınan kararların, geriye dönüp

⁹² Sale, s. 485.

⁹³ Sale, s. 460.

⁹⁴ S. Samuel Arsht, “The Business Judgment Rule Revisited”, *Hofstra Law Review*, 1979, Vol. 8, I. 1, pp. 93-134, s. 96.

bakıldığında kararların kusurlu veya hatalı olduğu ortaya çıksa bile korunmasını sağlamaktadır. Mahkemeler iş adamı kararı ilkesini bir sorumluluk standardı olarak görme eğilimindedir. Çünkü bu kural, mahkemelerin bir yöneticinin davranışının kişisel sorumluluk doğurup doğurmadığını belirlerken kullandıkları testi oluşturur. Bu test, davacının hile, hukuka aykırılık, kendi çıkarına işlem ya da yönetim kurulunun karar vermemesi gibi belirli koşulların varlığını ortaya koyarken ispat yükünü yerine getirmesini gerektirmektedir. Davacı bu yükümlülüğü yerine getirmese, mahkeme, yöneticiyi ilgili kararlar ilgili kişisel sorumluluktan korumak için iş adamı kararı ilkesini uygulayacaktır. Ancak ağır ihmal içeren kararlar korunmayacaktır.

İşadamı kararı ilkesinin uygulanabilmesi için gerekli olan unsurlar; yöneticiler tarafından verilmiş bir kararın bulunması, bu kararın kişisel menfaat bulunmaksızın ve etki altında olmadan tarafsız ve bağımsız şekilde, konu hakkında makul ölçüde bilgilenmiş ve iyi niyetli olarak (şirket menfaatine hareket edildiğine dair dürüst inanç) alınmasıdır. İlkenin yargı kararlarına dayanması sebebiyle uygulanma unsurları arasında kimi kararlarda hukuka aykırılık, akıldışı karar, hileli davranışlar ve görevin kötüye kullanılması gibi farklı şartlar aranmaktadır ise de; tarafımızca da katılan görüş uyarınca, bu şartların iyi niyet (şirket menfaatine hareket edildiğine dair dürüst inanç) unsurunun özel görünüş biçimlerinden olduğu, dolayısıyla bu şartların varlığı halinde şirket menfaatine hareket edildiğine dair dürüst inancın bulunmadığından söz edilebilir.

Sonuç olarak, iş adamı kararı ilkesinin ortaya çıkmasının altında yatan nedenleri; yöneticileri hizmet vermeye ve risk almaya teşvik etmek, iş kararlarına yargının müdahalesini önlemek ve yönetim kurulunun kurumsal yönetimdeki merkezi karar alma rolünü korumak olarak değerlendirilebilir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akdağ Güney Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Block Dennis J., Et AL., The Business Judgment Rule: Fiduciary Dunes of Corporate Directors, (5th Ed. 1998) (emphasis added).
- Bozkurt Yaşar Sevgi, Anonim Şirketlerde İş Adamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

- Çamoğlu Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitabevi, 3. baskı, İstanbul, 2010.
- Dinç Serhan, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, 2. baskı, Ankara, 2018.
- Kaşak Esra, Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Özcanlı Fatma Beril, Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Özdemir Semih Sırrı, İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Vedat Kitabevi, 12. baskı, İstanbul, 2010.
- Pulaşlı Hasan, Corporate Governance - Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2003.
- Sulu Muhammed, Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, 1. baskı, İstanbul, 2019.
- Tekinalp Ünal, Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Yönetim Politikalarının ve Yönetim Denetim Felsefelerinin Dinamikleri ile Bunlar Arasındaki İlişki, Kalpsüz'e Armağan, İstanbul, 2008.

Makaleler

- Arsht S. Samuel, "The Business Judgment Rule Revisited", *Hofstra Law Review*, 1979, Vol. 8, I. 1, pp. 93-134.
- Bainbridge Stephen M., "The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine", *Vanderbilt Law Review*, 2004, Vol. 57, I. 1, pp. 83-130.
- Dooley Michael, "Not in the Corporation's Best Interests", *A.B.A. J.*, May 1992.
- Dooley Michael/Veasey E. Norman, "The Role of the Board in Derivative Litigation: Delaware Law and the Current ALI Proposals Compared", *The Business Lawyer*, 1989, Vol. 44, I. 2, pp. 503-542.
- Eisenberg Melvin Aron, "The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law", *Fordham Law Review*, 1993, Vol. 62, I. 3, pp. 437-468.
- Eisenberg Melvin Aron, "The Duty of Care of Corporate Directors and Officers", *University of Pittsburgh Law Review*, 1990, Vol. 51, I. 4, pp. 945-972.
- Johnson Lyman P. Q., "Corporate Officers and the Business Judgment Rule", *Business Lawyer (ABA)*, February 2005, Vol. 60, I. 2, pp. 439-470.
- Daştan Abdülkerim, "Kurumsal Yönetim İlkeleri ve Kurumsal Muhasebe Etkileşimi", *Bankacılar Dergisi*, Türkiye Bankalar Birliği, 2010, S. 72, ss. 3-19.
- Doğan Mustafa, "Şirketlerin Yönetiminde Temsil Sorunu ve Kurumsal Yönetim", *Muhasebe ve Denetim Bakış Dergisi*, 2007, S. 23, ss. 127-139.
- Eminoğlu Cafer, "Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından "Eşit Şartlarda Eşit İşlem" İlkesi", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, 2015, ss. 79-88.
- Göktürk Kürşat, "Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İş Adamı Kararı İlkesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, C. 2, S. 2, ss. 207-247.

- Hacımahmutoglu Sibel "Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü Fonksiyonel Bir Yaklaşım", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2015, C. 31, S. 3, ss. 23-56 ("Yönetim Kurulu").
- Hacımahmutoglu Sibel, "The Business Judgment Rule: İş Adamı Kararı Mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı Mı?", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2014, C.30, S. 4, ss. 99-145 ("The Business Judgment Rule").
- Kandemir Hatice Kübra, "Anonim Şirket Yöneticilerinin Kurumsal Sosyal Sorumluluk ile İlgili Görev Ve Sorumlulukları: Türk Şirketler Hukuku Açısından Bir Değerlendirme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 29, S. 3, ss. 2209-2233.
- Manning Bayless, "Business Judgement Rule and the Director's Duty of Attention: Time for Reality", *Business Lawyer (ABA)*, August 1984, Business Lawyer (ABA), Vol. 39, I. 4, pp. 1477-1502.
- McMillan Lori, "The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine", *William & Mary Business Law Review*. 2013, Vol. 4, I. 2, pp. 521-574.
- Nimmerfall Paul/Peissl Lukas Josef, "The Business Judgment Rule and its Impact on Austrian Law", *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2015, Vol. 23, I. 4, pp. 352-357.
- Pamukçu Fatma, "Finansal Raporlama ile Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflıkta Kurumsal Yönetimin Önemi", *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, 2011, S. 50, ss. 133-148.
- Pulaşlı Hasan, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Mütessesil Sorumluluğu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2009, C. 25, S. 1, ss. 27-63.
- Rhee Robert J., "The Tort Foundation of Duty of Care and Business Judgment", *Notre Dame Law Review*, 2013, Vol. 88, I. 3, pp. 1139-1198.
- Sale Hillary A., "Delaware's Good Faith", *89 Cornell Law Review*. 2004, Vol. 89, I. 2, pp. 456-495.
- Türedi Hasan/Karakaya Gencay/İldem Mehmet, "Kurumsal Yönetim ve İç Denetim İlişkisi", *Sayıştay Dergisi*, 2015, S. 96, ss. 55-74.

Diğer Kaynaklar

- A.L.L., Principles Of Corporate Governance (Tent. Draft No. 4, 1985).
- Law Shelf, The Business Judgement Rule and the Fiduciary Duty of Care, A Project of National Paralegal College, <https://lawshelf.com/shortvideoccontentview/the-business-judgement-rule/> (Erişim Tarihi: 27.11.2023).
- Önal Esin, Amerikan hukuku ışığında iş adamı kararı ilkesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Doktora Tezi, 2022.

Mahkeme Kararları

- Air Line Pilots Ass'n Int'l v. UAL Corp., 717 F Supp. 575, 582 (N.D. Ill. 1989), aff'g, 897 F2d 1394 (7th Cir. 1990).
- Aronson v. Lewis, 473 A 2d 805 (Del. 1984).
- Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345 (Del. 1993).
- Gagliardi v. Trifoods Int'l, Inc., 683 A.2d 1052, 1053 (Del. Ch. 1996)

Godbold v. Branch Bank, 11 Ala. 191 (1847).

In re Fuqua Indus., Inc. S'holder Litig., No. CIV A. 11974, 1997 WL 257460, p. 12 (Del. Ch. May 13, 1997).

Joy v. North, 692 F2d 880, 886 (2d Cir. 1982), cert. denied, 460 U.S. 1051 (1983).

Kamin v. American Express Co., 86 Misc. 2d 809, 383 N.Y.S.2d 807.

Percy v. Millaudon, 3 La. 568 (1832).

Supreme Court of Delaware, Stone - Ritter, No: 93, 2006, 911 A.2d 362, LEXIS 597
<https://casetext.com/case/stone-v-ritter> (Erişim Tarihi: 27.11.2023).

Walt Disney Co. Derivative Litig., 825 A.2d 275, 289 (Del. Ch. 2003).

LİMİTED ŞİRKETLERDE KANUNİ TEMSİLCİLERİN VE ORTAKLARIN AMME ALACAKLARINDAN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN KARŞILAŞTIRILMASI*

COMPARISON OF THE LIABILITY OF LEGAL REPRESENTATIVES AND THEIR PARTNERS FOR PUBLIC RECEIVABLES IN LIMITED COMPANIES

Buğra FINDIKLI**

Özet: Alacaklı tahsil idaresinin amme alacağını tahsil ve takip etmesinin önünde duran tüm engelleri kaldırmak ve idarenin alacağına bir an önce ulaşabilmesini sağlamak adına ihdas edilen ve asıl vergi mükellefinden ziyade bir başka sujeyi sorumlu tutan fer'i sorumluluk rejimi, mevzuatın muhtelif noktalarında bulunmaktadır. Bu sorumluluk rejimlerinden uygulamada en çok rastlanan sorumluluk rejimleri ise 213 sayılı VUK'un 10. maddesi ile 6183 sayılı Kanun'un 35. ve mükerrer 35. maddeleridir. VUK'un 10. maddesi kanuni temsilcilerinin vergi ve buna bağlı alacaklardan sorumluluğunu, 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi limited şirket kanuni temsilcilerin bu alacaklardan ve sosyal sigorta primlerinin dışında doğan amme borçlarından doğan sorumluluğunu; 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesi ise limited şirket ortaklarının tüm amme borçlarından doğan sorumluluğunu düzenlemektedir. Her bir sorumluluk rejimi birbirinden farklı koşullara tabi olup sorumluluğun tespitini doğru yapmak, alacaklı tahsil idaresinin karşısında zayıf konumda bulan ve sorumluluğu fer'i olan kanuni temsilcinin veya ortağın, telafisi mümkün olmayan veya telafisi güç olan zararlarının doğmasını önleyecektir.

Anahtar Kelimeler: Amme Alacağı, Limited Şirket, Limited Şirket Kanuni Temsilcisi, Limited Şirket Ortağı

Abstract: The vicarious liability regime, which was introduced in order to remove all obstacles that stand in front of the creditor collection administration to collect and follow up the public receivables and to ensure that the administration can reach its receivables as soon as possible, and which holds another subject responsible

* Makalede araştırma ve yayın etiğine uyulmuştur.

** Avukat, findikli@findiklihukuk.net., ORCID: 0000-0002-2454-7321 Makalenin Gönderim Tarihi: 11.10.2023, Kabul Tarihi: 04.04.2024

rather than the actual taxpayer, is found in various points of the legislation. Among these liability regimes, the most common liability regimes in practice are Article 10 of the Tax Procedural Law No. 213 and Article 35 and repeated Article 35 of the Law No. 6183. Article 10 of the TPL regulates the liability of legal representatives for taxes and related receivables, repeated Article 35 of the Law No. 6183 regulates the liability of legal representatives of limited liability companies for public debts arising out of these receivables and social security premiums, and Article 35 of the Law No. 6183 regulates the liability of limited liability company partners for all public debts. Each liability regime is subject to different conditions and determining the liability correctly will prevent the legal representative or partner, who is in a weak position in the face of the creditor collection administration and whose liability is an accessory, from incurring irreparable or difficult to compensate damages.

Keywords: Public Receivables, Limited Liability Company, Limited Liability Company Representative, Limited Liability Company Partner

GİRİŞ

Limited şirketlerden tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacaklarından kanuni temsilcilerin ve ortakların doğan sorumluluğunu her bir kanun maddesine göre ayrı ayrı tespit etmek ve sorumluluğun sınırını çizmek şüphesiz ki önemlidir. Zira ülkemizde en çok rastlanan şirket türü olan limited şirketlerin kanuni temsilcilerinin ve ortaklarının amme alacaklarından sorumluluğu, amme alacağının türüne göre ve dayanak kanun maddesine göre değişmekte olup sorumluluğun türünün doğru tespit edilmemesi halinde mükellefler nezdinde telafisi imkânsız zararlar doğabilecektir.

Çalışmada ilk olarak amme alacağının tanımıyla giriş yapılmış, kısaca limited şirketlerin tanımına, yapısına, kanuni temsilcilerine ve ortaklarına değinilmiş ve kanuni temsilcilerin ve ortakların, limited şirketlerin tahsil edilemeyen amme borçlarından sorumlulukları birçok yönden karşılaştırılmıştır. Kanuni temsilcilerin ve ortakların sorumluluklarının karşılaştırılmasında yalnızca VUK'un 10. maddesinde ve 6183 sayılı Kanun'un 35. ve mükerrer 35. maddelerindeki sorumluluk rejimleri nazara alınmıştır.

I. AMME ALACAĞI KAVRAMI

Amme (kamu) alacağını, devletin, kamu hukukundan doğan ve kamu gücüne dayanarak idari işlemlerle sağladığı kamu gelirleri ola-

rak tanımlamak mümkündür.¹ Amme alacağı'nın hukuki açıdan karakteristik özelliği üstün ve ayrıcalıklı bir güce dayanması olup amme alacaklarına ayrı bir tahsil yolu öngörülmesinin amacı, idarenin alacaklarına vakit kaybetmeden kavuşmasını sağlamaktır.²

Amme alacağı kapsamına giren alacaklara ise 21.7.1953 tarihinde yürürlüğe giren 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un "kanundaki terimler" kenar başlıklı 3. maddesinin ilk fıkrasının yollamasıyla³ mezkûr "kanunun şümülü" kenar başlıklı 1. maddesinde yer verilmiştir.

Anılan madde metnine göre: amme alacakları devlete,⁴ il özel idarelerine veya belediyelere ait olan, vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, gecikme faizi gibi⁵ fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan⁶

¹ Binnur Çelik, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, On İki Levha, 2018, s. 4.

² Mert Silahşör, Sermaye Şirket Yönetici ve Ortaklarının Kamu Alacağından Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 3.

³ 6183 sayılı Kanun'un 3. maddesi şu şekildedir: "Bu kanundaki amme alacağı terimi: 1. ve 2. maddeler şümülüne giren alacakları... ifade eder".

⁴ 30.06.2007 tarih, 26568 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Seri: A, Sıra No:1 Tahsilat Genel Tebliğine göre devlet tüzel kişiliğini oluşturan kamu idareleri genel bütçeye dahil kamu idareleri olup bu kamu idareleri 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda yer alan (I) sayılı cetvelde gösterilmiştir. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=11409&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5> E.T: 23.11.2022 Dikkat edilmesi gereken, Köy gelirlerinin bu kalemlerden sayılmamış olmasıdır. Gerçekten de Köy Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlenen "salma" gibi kamusal nitelikli gelirlerin tahsili 442 sayılı Köy Kanunu'na göre yürütülür. Fakat tabi ki de 6183 sayılı Kanun'un 1. maddesine giren bir kamu alacağı söz konusuysa, tahsilinin bu kanuna göre yürütülmesi gerekir. Bkz. Çelik, 15.

⁵ Her ne kadar burada "gibi" ifadesi her alsa da madde metninin amme alacaklarını sınırlayıcı bir şekilde (numerus clausus) saydığı, dolayısıyla amme alacaklarını bu ifadeden yola çıkarak çoğaltmanın mümkün olmadığı çoğu yazar tarafından kabul edilmektedir. Bkz. Çelik, s.7 ; Erdem Utku Çakır, Amme Alacağı'nın Tahsiline Engel Olma Suçu, Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 25. Fakat özel kanunlarda bir yollama yapılmışsa bu alacağı amme alacağı saymak gerekir. Aksi yönde Turgut Candan, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, Mali Akademi, 2007, s. 13.

⁶ Danıştay bir kararında evsel atık ücretinden kaynaklanan alacağın idareyle kişi arasında abonman sözleşmesi ile kurulan özel hukuk ilişkisi çerçevesinde ve hizmet karşılığında maliyet-kar esasına göre idarece belirlenen tarifeye dayanılarak

ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile bunların takip masraflarından doğan alacaklardır.

Yine mezkûr kanunun 2. maddesine göre Tahsili Emval Kanunu'na gönderme yapan kanunlarda yer alan alacaklar da amme alacağı sayılır ve amme alacaklarına özgün takip usulüyle tahsil edilir.

Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasına göre ise Türk Ceza Kanunu'nun para cezalarının tahsil şekli ve hapse tahvili hakkındaki hükümlerini saklı tutmuş olup mahkemelerin ceza hukukundan kaynaklı olarak vermiş oldukları adli para cezalarının infazı 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılmaktadır. Adli para cezalarının infazını Cumhuriyet Savcılıkları yerine getirir.

Belirtmemiz gerekir ki özel kanunlarda AATUHK veya TEK'e göre tahsil edileceği yönünde hüküm bulunması, bu alacaklara amme alacağı niteliği kazandırmaz.⁷ Nitekim kamu kurumu niteliğindeki bazı meslek kuruluşlarının aidat ve harçları, asker ailelerine yapılacak yardım, ecrimisil alacakları böyledir.⁸ Fakat parafiskal gelirlerden olan ve 6183 sayılı Kanun kapsamına girmeyen, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 6183 sayılı Kanun kapsamında takip edilen prim ve diğer alacakları,

alınan bir ücret olduğunu ifade ederek amme alacağı olmadığı yönünde hüküm kurmuştur: "...amme alacağı niteliği taşımayan ve özel hukuk hükümlerine tabi olan evsel katı atık ücretinden kaynaklanan dava konusu alacağın, amme alacaklarının takip ve tahsili için öngörülen bir yöntem olan 6183 sayılı Kanun kapsamında "ödeme emri" ile istenilmesine hukuken olanak bulunmadığından, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre düzenlenen dava konusu ödeme emirlerinde hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun reddi yolundaki temyize konu İdari Dava Dairesi kararında hukuki isabet görülmemiştir..." Danıştay 6. Daire, 2020/10798E, 2021/4150 K, 18.3.2021 T.Kazancı Mevzuat. Erişim Tarihi: 20/03/2024. Yargıtay'ın bir kararına göre ise iş kazasına dayalı kesinleşen kurum rücu alacağının takibi de 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılamaz. Zira iş kazasına dayanan kurum rücu alacağı temelde haksız fiile dayanmaktadır. Kurumun haksız fiilden doğan alacakları 6183 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca 6183 sayılı Yasa'ya tabi alacaklardan değildir. Bu nedenle kurumun rücu alacağı genel hükümlere göre takip edilen alacak niteliğinde olup, 6183 sayılı Kanun kapsamında takip yapılamaz. (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2019/554, K. 2019/9923, T. 17.12.2019) Kazancı Mevzuat. Erişim Tarihi: 20/03/2024.

⁷ Silahşör, s.10.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ibid, s.10-14.

5510 sayılı Kanun'un 88/20. maddesi gereği amme alacağı niteliğini haiz olup imtiyazlı olacaktır.⁹

Amme alacağını taraflar açısından sınıflandırdığımızda, 6183 sayılı Kanun'un 3. maddesinin lafzına göre amme alacaklarının tarafları amme alacaklısı ve amme borçlusudur. Zira her borç ilişkisinde olduğu gibi burada bir alacaklı ve borçlu olarak iki taraf bulunmaktadır.¹⁰

Amme alacaklısı, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Devlet, il özel idareleri ve belediyeler ve 6183 sayılı Kanun'a atıf yapılan alacaklara taraf alan kamu kurum ve kuruluşlarıdır. Amme alacakları, tahsil dairesi tarafından alacaklı kamu idaresi adına tahsil olunur.¹¹ Tahsil dairesi ise mahalli tahsil daireleridir. Bu yönde kamu icra hukukunda alacaklı kamu idaresi, icra ve iflas hukukundan farklı olarak aynı zamanda bir takip ve tahsil dairesidir.¹²

Amme borçlusunu ise 6183 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sayılmıştır. Madde metnine göre amme borçlusunu veya borçlu terimi, amme alacağını ödemek mecburiyetinde olan gerçek ve tüzel kişileri ve bunların kanuni temsilci veya mirasçılarını ve vergi mükelleflerini, vergi sorumlusunu, kefil ve yabancı şahıs ve kurumlar temsilcilerini ifade etmektedir.¹³

Amme borçluları, kendi borcundan dolayı amme borçlusunu sıfatını kazananlar ve başkasının borcundan dolayı kamu borçlusunu sıfatını ka-

⁹ Çelik, s. 14-15.

¹⁰ Melike Kaya Karahanlı, Limited Şirketlerde Kanuni Temsilcilerin ve Ortakların Amme Alacaklarından Doğan Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, 2022, s.75.

¹¹ Çakır, s. 33.

¹² Gökhan Kürşat Yerlikaya, "Türk Vergi İcra Hukukunda Devlet Kavramının Niteliği ve İşlevi", *İstanbul Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 6, S.2, s. 251; ibid 33.

¹³ Çelik'e göre, kanunun lafzında sadece gerçek ve tüzel kişilerin amme borçlusunu olarak sayılması, tüzel kişiliği veya gerçek kişiliği olmayan bazı kuruluşları amme borçlusunu statüsünden çıkarmaz. Bu doğrultuda, lafzi yorum yerine amaçsal yorum metodu kullanılmalı ve Menkul Kıymetler Yatırım Fonları, Gayrimenkul Kıymetler Yatırım Fonları ve adi şirketlere amme borçlusunu sıfatı verilebilmelidir. Gerçekten de mevzuata bakıldığında hem gerçek hem de tüzel kişi olmayan bazı ortaklıkların ya da mal topluluklarının amme borçlusunu olabildikleri görülmektedir. Bkz. VUK'un 10. maddesi ve Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinin 5. bendi. Çelik, s. 22-23.

zananlar olarak ikiye ayrılmaktadır.¹⁴ Kendi borcundan dolayı amme borçlusunu sıfatını kazananlar gerçek ve tüzel kişiler olarak ayrılmaktayken; başkasının borcundan dolayı amme borçlusunu sıfatını kazananlar vergi sorumluları, kefiller, kanuni temsilciler ve mirasçılardır. Çalışmanın çevresini çok saptırmamak adına, bu başlık altında yalnızca özel hukuk tüzel kişilerinden biri olan limited şirket ve kanuni temsilcileri işleyeceğiz.

II. LİMİTED ŞİRKETLER, LİMİTED ŞİRKET KANUNİ TEMSİLCİLERİ VE ORTAKLARI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 124. maddesinin âmir hükmüne göre ticaret şirketleri, kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerdir. Limited şirketler ise bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulan şirket olup limited şirket borçlarından tüm malvarlığı ile sorumludur. (TTK m.573 ve m.602)

Limited şirketin ortaklarının sorumluluğu ise taahhüt ettikleri sermaye payı oranında ve yalnızca şirkete karşıdır.¹⁵ Fakat 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesinin getirdiği istisna ile limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemediği anlaşılın amme alacaklarından sermaye hisseleri oranında sorumlu tutulmuştur.

Başkasının borcundan dolayı amme borçlusunu sıfatını kazananlardan olan kanuni temsilcinin sorumluluğu ise hem VUK'un 10. maddesinde hem de 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinde düzenlenmektedir. Kanuni temsilci, vergiyi doğuran olayı gerçekleştirmediği halde idarenin verginin ödenmesi noktasında muhatap olarak kabul ettiği kişi olan ve bu yönde başkasının borcundan dolayı amme borçlusunu sıfatını kazanan vergi sorumlusundan farklıdır.¹⁶

¹⁴ ibid 32.

¹⁵ İlknur Kaya, "Limited Şirket Ortağının Kamu Borçlarından Sorumluluğu ve Danıştay'ın 2013/1 E. ve 2018/1 K sayılı İBK Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", *Anadolu Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C.5, S.1, s.136.

¹⁶ Zira en başta kanuni temsilci vergi mükellefinin ve vergi sorumlusunun aksine doğrudan başvurulabilecek bir kişi değildir. Öte yandan, VUK'un 10. maddesinin lafzi itibarıyla kanuni temsilci ile vergi sorumlusunun farklı kişiler olduğu anlaşılabilir. Madde metni şöyledir: "...tüzel kişilerle küçüklerin... mükellef

Limited şirketlerin ortaklarının ve kanuni temsilcilerinin sorumluluğunu karşılaştırmaya geçmeden önce limited şirketlerin yapısını, ortaklarını ve kanuni temsilcilerini incelemek gerekmektedir.

Limited şirketlerin tanımı 6102 sayılı TTK'nın 573. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanmış olup madde metnine göre limited şirket bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulan; esas sermayesi belirli olan ve bu sermaye esas sermaye paylarının toplamından oluşan şirkettir.¹⁷ Limited şirketlerin ortak sayısı elliyi aşamaz. Limited şirket tek ortaklı kurulabilir (TTK m.574/1-2). Limited şirketler kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilirler (TTK m.573/3).¹⁸

Limited şirket ortaklığı, ortakların şahsi özelliklerinin ön plana çıktığı, TTK'nın 124/1. maddesindeki ayrıma göre birer sermaye ortaklıklarıdır.¹⁹ Limited şirketlerin unsurları ortaklar, amaç ve konu, ticaret unvanı ve sermayedir.²⁰ Limited şirketlerin organları ise genel kurul ve müdürler olmak üzere iki tanedir.²¹ Çalışmamızın konusu itibarıyla limited şirketlerin unsurlarından yalnızca ortakları inceleyecek ardından kanuni temsilcilere geçeceğiz.

A. Limited Şirket Ortakları

Limited şirkette ortaklık sıfatı, kuruluşta, sermaye artırımında ve birleşme ve bölünmeyle aslen; kanun hükmüyle veya iradi şekilde ola-

veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri tarafından yerine getirilir." Bkz. Karahanlı, s.89.

¹⁷ Türk Ticaret Kanunu için bkz. <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6102-20130328.pdf>>

¹⁸ Fakat 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 7. maddesine göre Türkiye'de kurulacak bankaların anonim şirket şeklinde kurulabileceği; 5684 sayılı Sigortacılık Kanun'un 3. maddesi uyarınca ise sigorta şirketlerinin anonim şirket veya kooperatif şirket şeklinde kurulabileceğini ifade etmek gerekir.

¹⁹ Oruç Hami Şener, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2017, s. 5.

²⁰ Asena Beyza Cengiz, Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı, Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 5.

²¹ Türk Ticaret Kanunu sisteminde şirketlerin ihtiyari organlara sahip olmasına engel bulunmadığı hakkında bkz. Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 554.

rak ise devren kazanılır.²² Devren kazanma şeklinde gerçekleşen pay devrinde, TTSG’de yapılacak ilan ve ticaret siciline tescil kurucu değil açıklayıcıdır. Fakat, limited şirket ortaklarının amme borçlarından sorumluluğu hususunda TTSG’deki ilan tarihleri belirleyici olur.²³

En az 1 en fazla 50 ortakla kurulabilecek olan limited şirketlerin adından da görüleceği üzere, burada belirtilen sınırlılık şirket ortaklarının sorumluluğu yönünden sınırlılığı ifade eder.²⁴ Gerçekten de limited şirket ortakları şirket borçlarından sorumlu olmayıp sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler (TTK 573/2).

Dolayısıyla, limited şirketlerde ortaklar üçüncü kişilerin alacaklarına karşı kural olarak sorumsuzdur. Ancak aşağıda ayrıntılı bir şekilde izah edeceğimiz üzere bu sorumluluğun sınırlılığı ilkesine 6183 sayılı Kanun’un 35. maddesiyle bir istisna getirilmiştir.

B. Limited Şirket Kanuni Temsilcileri

TTK’nın 623. maddesine göre, limited şirketlerde şirketin yönetiminin ve temsiline kimler tarafından sağlanacağı şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirketin yönetimi ve temsili şirketin sözleşmesi ile müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. Her ihtimalde, en azından bir ortağın şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerekir. Şirketin müdürlerinden biri tüzel kişi olduğu takdirde, bu kişi bu görevi tüzel kişi adına yerine getirecek bir gerçek kişiyi belirler (TTK 623/2). Müdürler, kanunla veya şirket sözleşmesi ile genel kurula bırakılmamış bulunan yönetime ilişkin tüm konularda karar almaya ve bu kararları yürütmeye yetkilidir (TTK 623/3).

Limited şirketlerin amme alacaklarından doğan sorumluluğunda kanuni temsilcilerin, şirket sözleşmesi ile atanan veya genel kurul kararı ile seçilen müdürler kurulu üyeleri veya müdürler kurulunun

²² Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Hukuk Yayınları, 2019, s. 540. Aktaran: Karahanlı, s. 39.

²³ ibid 39.

²⁴ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınları, 2017, s. 774.

atama kararıyla müdür olarak atanan üçüncü kişiler olarak muhatap alınacağı, 6183 sayılı Kanun'un uygulamasına yönelik ihdas edilen Tahsilat Genel Tebliği'nde düzenlenmiş bulunmaktadır.²⁵

Ancak belirtmek gerekir ki, şirketin maksat ve mevzuuna dâhil olan "tüm işlemlerde tam yetkili" olmayan, sınırlı olarak temsil ve idare yetkisi verilen kişi veya kişilerin kanuni temsilci sayılması mümkün değildir.²⁶ Kanuni temsilcilerinin sorumluluklarının zaman olarak belirlenmesinde, aynı ortaklar gibi, TTSG'de ilan tarihleri nazara alınmaktadır.²⁷

Şu hâlde, limited şirketlerde kanuni temsilciler kural olarak müdür veya müdürler kurulu olup yönetim yetkisi üçüncü bir kişiye devredilirse bu kişi de murahhas üye sıfatıyla kanuni temsilci haline gelir. Müdürler, müdürler kurulu ve murahhas üye/murahhas müdürler dışında ise limited şirket kanuni temsilcilerine kendine özgü durumlarda tasfiye memurları, kayımlar, ticari temsilciler, ticari vekiller, konkordato komiseri ve iflas idaresi örnek verilebilir.²⁸ Limited şirketlerin amme alacaklarından doğan borçlarında kanuni temsilcilerinin sorumluluğu VUK'un 10. maddesiyle ve 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesiyle düzenlenmektedir.

²⁵ 30.06.2007 tarih, 26568 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Seri: A Sıra No:1 Tahsilat Genel Tebliği. < <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=11409&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5> > E.T: 25.11.2022

²⁶ "...390 Seri No'lu Tahsilat Genel Tebliği'nde 6183 sayılı Kanun'un Mükerrer 35. maddesinin uygulanmasında 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 319. maddesi hükmüne göre temsil yetkisi verilen kişi ya da kişilerin kanuni temsilci kabul edilebilmesi için şirketin maksat ve mevzuuna dâhil olan "tüm muamelelerde" tam yetkili olmalarının zorunlu bulunduğu belirtilmiştir..." (Danıştay Kararı, 13. D., E. 2019/2517 K. 2022/1457 T. 6.4.2022) E.T: 22/03/2024. Lexpera Mevzuat.

²⁷ "...Dosyaya sunulan 26/08/2008 tarihli Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nden, 14/08/2008 tarihinden itibaren 10 yılına şirket müdürü olarak şirketi temsil ve ilzama yetkili olduğu anlaşılan davacının, dava konusu ...takip numaralı ödeme emri içeriği 2004 yılına ait özel usulsüzlük cezalarından oluşan borçlardan, kanuni temsilci sıfatına sahip olmadığı döneme ilişkin olması nedeniyle sorumlu tutulamayacağından, Vergi Mahkemesi kararının ...takip numaralı ödeme emrinin yazılı gerekçeyle iptaline ilişkin hüküm fıkrasına yöneltilen istinaf başvurusunu reddeden Vergi Dava Dairesi kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmamıştır..." (Danıştay Kararı, 3. D., E. 2019/5551 K. 2022/1582 T. 22/03/2024) E.T: 24.03.2024. Lexpera Mevzuat.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Karahanlı, s. 51.

Limited şirketlere, limited şirketlerin ortaklarına ve kanuni temsilcilerine değindikten sonra, kanuni temsilcilerin ve ortakların amme alacaklarından sorumluluklarına ve karşılaştırmaya geçebiliriz.

III. LİMİTED ŞİRKETLERDE KANUNİ TEMSİLCİLERİN VE ORTAKLARIN AMME ALACAKLARINDAN SORUMLULUKLARI VE KARŞILAŞTIRMA

Limited şirketlerde kanuni temsilcilerin ve ortakların amme alacaklarından doğan sorumluluklarını, dayanak kanun, sorumluluğun kapsamı, sorumluluğun koşulu ve türü bağlamında karşılaştırmadan önce sorumluluk kavramına yer verilmesi gerekir.

A. Sorumluluk Kavramı

Sorumluluk, Türk Dil Kurumu sözlüğünde “kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi” olarak tanımlanmıştır.²⁹ Hukuki anlamda sorumluluk ise “işlenmiş olan bir suçun cezasını çekme, uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme, tazminatla yükümlü tutulma” anlamına gelmektedir.³⁰ Modern hukuk sistemlerinde sorumluluk, alacaklının, devletin yetkili organları aracılığıyla edimini ifa etmeyen borçlunun malvarlığına el atmasını ifade etmektedir.³¹ İlkel hukuk sistemlerinde rastlanılan ve borcunu ifa etmeyen borçlunun öldürülmesine, hapsedilmesine veya köleleştirilmesine sebebiyet veren şahıs varlığı ile sorumluluk anlayışı terk edilmiştir.³²

Sorumluluk, borcunu yerine getirmeyen bakımından bir yaptırımdır.³³ Bu yönde sorumluluk kavramı, esasen norm ile ilişki içindedir. Çünkü sorumluluk, hangi türden olursa olsun normlara uyulmaması halinde uygulanan bir yaptırımdır; bu yönde norm türü kadar sorumluluk türü de bulunmaktadır.³⁴

²⁹ Bkz. < <https://sozluk.gov.tr/> > E.T.: 19/03/2024.Türk Dil Kurumu sözlüğü.

³⁰ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, 2022, , s.1109.

³¹ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 13. Baskı, 2015, s.16.

³² Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 26. Baskı, 2021, s. 88.

³³ Eren, s. 87.

³⁴ Atilla İnan, “Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarından Devlet ve

Amme alacağı bağlamında sorumluluk ise kanuni bir sorumluluk rejimi olup doğan borcun borçlu tarafından ödenmesi yükümlülüğünü ifade eder.³⁵ Alacaklı kamu idaresi bu kanuni sorumluluk rejimi sayesinde amme alacağını daha kolay ve daha az masrafla tahsil edebilecektir.³⁶

Tam bu noktada kanun koyucu, alacaklı idarenin amme borcunu tüzel kişilerden tahsil edememe ihtimaline binaen kanuni temsilci ve şirket ortaklarının mal varlığına gitmek gibi bazı çözümler üretmiştir. Amme borçlarından sorumluluk, kusurlu-kusursuz sorumluluk, sınırlı-sınırsız sorumluluk ve müşterek-müteselsil sorumluluk gibi çeşitlerle karşımıza çıkabilmektedir.

B. Amme Alacaklarından Kanuni Temsilci ve Ortakların Sorumluluklarının Derecelendirilmesi Problemi

Aşağıda ayrıntılı açıklanacağı üzere, limited şirketlerin amme borçlarından kanuni temsilcilerin ve ortakların sorumluluğu fer'i olup amme alacağının limited şirketten tahsil edilememesi halinde, tahsil idaresinin kanuni temsilcinin sorumluluğuna mı yoksa ortağın sorumluluğuna mı gideceği hususunda hem VUK'ta hem 6183 sayılı Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Her iki sorumluluk müessesesini karşılaştırmadan ve irdelemeden önce bu problemi çözüme kavuşturmak gerekmektedir.

Tahsilat genel tebliğinde, 6183 sayılı Kanun'un 35 ve mükerrer 35. maddelerinde yer verilen sorumluluk hükümleri ile 213 sayılı Kanun'un 10. maddesinde düzenlenen sorumluluk hükmüne dayanarak yapılacak takiplerde, ortak ve kanuni temsilcilerin takibinde bir öncelik sıralaması söz konusu olmadığından, ortaklar ve kanuni temsilciler hakkında yapılacak takiplere aynı zamanda başlanılması gerektiği ifade edilmektedir.³⁷ Yüksek mahkeme kararlarında ise kanuni

Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu", *Danıştay Dergisi*, 1982, S. 42-43, s. 20. Aktaran: Gonca Kozanoğlu, *Türk İdare Hukukunda Doğal Afetler Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Birinci baskı, 2020, s.112.

³⁵ Karahanlı, s. 87.

³⁶ Ahmet Kırmızı, "Türk Vergi Hukukunda Sorumluluk", *Mali Sorunlara Çözüm*, 1985, S.8, s.41. Aktaran: Çelik, s.109.

³⁷ Tahsilat Genel Tebliği, Birinci Kısım, İkinci Bölüm, IX, 10.

temsilciler ve ortaklar arasında herhangi bir öncelik bulunup bulunmadığı hususunda farklı kararlar tesis edilmekteydi.³⁸

Nihayet, Danıştay Başkanı'nca Danıştay 9. dairesi ile Vergi Daireleri Kurulu ve Danıştay 3,4 ve 7. daire kararları arasındaki farklı içtihatların birleştirilmesi talep edilmiş, 20 Haziran 2019 Resmî Gazete' de yayınlanan 11.12.2018 tarih, E.2013/1, K.2018/1 sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararıyla bu tartışma son bulmuştur. Anılan içtihadı birleştirme kararında şu ifadeler yer almaktadır: "...Her biri birer usul yasası olan Vergi Usul Kanunu ile Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da, vergi borcunun tahsili için önce kanuni temsilciye mi yoksa ortağa mı gidileceği düzenlenmemiş ise de 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile ortakların sorumluluğu hakkında hüküm getirilmesi, kanuni temsilciye gidilmeden de ortağa gidilebilmesini sağlamak amacını taşıdığı gibi kamu alacağını korumaya ve hızlı bir şekilde tahsilini sağlamaya yönelik olduğu sonucuna varılmıştır. Nitekim söz konusu 35. maddede ortak için öngörülen doğrudan doğruya sorumluluğun vergi alacağı için olduğu kabul edilmiştir. Bu açıklamalar karşısında, limited şirketin vergi borçlarının tahsilinde ortağa gidilmeden önce kanuni temsilciye gidilmesi gerektiğinin hukuken kabulü mümkün bulunmamıştır... Limited şirket tüzel kişiliğinden tahsil edilemeyen veya edilemeyeceği anlaşılan vergi borcunun takip ve tahsiline ilişkin olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da, kanuni temsilci ile ortak arasında bir öncelik sıralaması bulunmadığından, limited şirketin vergi borcunun tahsilinde ortağın takibine başlanabilmesi için kanuni temsilcinin takibinin gerekli olmadığı açıktır..."³⁹

Belirtmek gerekir ki, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 40/4.maddesine göre içtihatların birleştirilmesine ilişkin verilen kararlara Danıştay daire ve kurullarının, idari mahkemelerin ve idarenin uyması

³⁸ Nitekim Danıştay 3. ve 7. daireleri ve Vergi Dava Daireleri Kurulu kararlarında kanuni temsilci ve ortaklar arasında öncelik bulunmadığı değerlendirilirken, Danıştay 9. Dairesi ve 11. Dairesi öncelikle kanuni temsilcinin takip edilmesi yönünde karar tesis etmiştir. Danıştay VDDK, E. 2010/184, K. 2012/97, 21.03.2012 T; Danıştay 7. Daire, E.2012/5864, K. 2015/2175, 20.04.2015; Danıştay 3. Daire, E. 2010/7241, K. 2012/1183, 20.04.2015. Aksi yöndeki kararlar: Danıştay 11. Daire, E.1998/2473, K.1998/3849, 10.11.1998; Danıştay 9. Daire, E. 2009/1023, K. 2012/2892, 23.05.2012. Kararlar için bkz. Karahanlı , s.130.

³⁹ İçtihadı birleştirme kararı ve karşı oy için Lexpera Mevzuat. E.T: 24.11.2022

zorunludur.⁴⁰Dolayısıyla, limited şirket tüzel kişiliğinden tahsil edilemeyen ve tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağı için öncelikle kanuni temsilcinin takibinin zorunlu olup olmadığı tartışması sona ermiş, tahsil idaresine takip tercihi yönünden bir nevi takdir yetkisi bahşedilmiştir.

Gerçekten de mezkûr içtihadı birleştirme kararı sonrası Danıştay tarafından verilen kararlarda, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da, kanuni temsilci ile ortak arasında bir öncelik sıralaması bulunmadığı, limited şirketin vergi borcunun tahsilinde ortağın takibine başlanabilmesi için kanuni temsilcinin takibinin gerekli olmadığını açık olduğuna karar verilmiştir.⁴¹

Tahsil idaresi amme borcunu kanuni temsilci ve şirket ortaklarından aynı anda da isteyebilir.⁴² Danıştay kararları da aynı doğrultuda olup kanuni temsilcinin ve şirket ortaklarının aynı anda takip edilmesi mümkündür.⁴³

C. Dayanak Kanun Bakımından Karşılaştırma

1. Limited Şirket Ortaklarının Sorumluluğunu Düzenleyen Hüküm

Limited şirket ortaklarının amme borcundan doğan sorumluluğu, 6183 sayılı Kanun'un limited şirketlerin "amme borçları" kenar başlık-

⁴⁰ 20.01.1982 tarihli, 17580 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2575 sayılı Danıştay Kanunu. Bkz. < <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2575&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>> E.T: 20/03/2024.

⁴¹ Şirketin ortağı adına ödeme emri düzenlenmesi için kanuni temsilcisi hakkında takip yapıp sonuçlandırılmasına gerek olmadığı hk. Danıştay 4. Daire, E. 2019/901 K. 2022/5620 T. 13.10.2022 : Danıştay 4. Daire, E. 2018/4711 K. 2020/1926 T. 10.6.2020 : Danıştay 4. Daire, E. 2019/612 K. 2022/5629 T. 13.10.2022 : Danıştay 4. Daire, E. 2018/8070 K. 2020/1932 T. 10.6.2020 : Danıştay 4. Daire, E. 2018/7056 K. 2020/1928 T. 10.6.2020 : Danıştay 4. Daire, E. 2018/7233 K. 2022/1070 T. 23.2.2022. E.T: 20/03/2024. Lexpera mevzuat.

⁴² İbrahim Organ/Cansu Sevinç Ceyhan, "Anonim ve Limited Şirketler Özelinde Ortaklar ile Kanuni Temsilcilerin Vergi Borçlarından Doğan Sorumlulukları", *Malîye Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2019, S.177, s. 412.

⁴³ Danıştay 7. Daire, E. 2018/2213 K. 2022/2598 T. 1.6.2022. E.T: 20/03/2024. Lexpera mevzuat.

lı 35. maddesinde düzenlenmektedir. Mezkûr maddenin ilk fıkrasının 22/7/1998 tarih, 4369 sayılı Kanun'un 21. maddesi⁴⁴ ve 4/6/2008 tarih, 5766 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değişik hali şu şekildedir: "Limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olurlar ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulurlar". Maddenin ilk fıkrasında değişiklik yapan 5766 sayılı Kanun, 35. maddeye iki ek fıkra daha eklemiştir.

Dolayısıyla maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası şu hale gelmiştir: "(2) Ortağın şirketteki sermaye payını devretmesi halinde, payı devreden ve devralan şahıslar devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur. (3) Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur".

Görüldüğü üzere, madde metninde yapılan değişikliklerle tahsil idaresi nezdinde amme alacağının tahsili daha da güvence altına alınmış, ortakların sorumlulukları şirkete taahhüt ettikleri sermaye miktarından ziyade şirkete katıldığı sermaye payı oranında arttırılmış, limited şirketteki ortakların pay devri tasarrufunda bulunması halinde pay devredenle payı devralanın sorumluluklarının müteselsilen olacağı düzenlenmiştir.

2. Limited Şirket Kanuni Temsilcilerinin Sorumluluğu Düzenleyen Hükümler

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kanuni temsilcilerin sorumluluğu 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesiyle ve VUK'un 10. maddesiyle farklı şekilde düzenlenmiştir.

a. VUK'un 10. Maddesiyle Düzenlenen Sorumluluk Hali

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: "Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatlar

⁴⁴ 4369 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle değişiklik yapılmadan önce madde metni şu şekildeydi: "Limited ortaklarının ödenmeyen ve tahsil imkânı bulunmayan amme borçlarından dolayı, ortaklar vazettikleri ve vaz'ını taahhüt eyledikleri sermaye miktarında doğrudan doğruya mesul ve bu kanun hükümleri gereğince tatbikata tutulurlar" Lexpera Mevzuat.

gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir”.

Kanun’un 10. maddesinin 3.12.1988 tarihli 3505 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle değişik ikinci fıkrası şu şekildedir: *“Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Bu hüküm Türkiye’de bulunmayan mükelleflerin Türkiye’deki temsilcileri hakkında da uygulanır”.*

3505 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 2. fıkrasıyla yapılan değişiklikle kanun lafzından “kasıt ve ihmalleriyle” ifadesi çıkarılmış, bu ifadenin çıkarılmasıyla tahsil idaresinin kanuni temsilcinin görevini kasıt ve ihmaliyle ihmal ettiğini ispat etme külfeti kalmamıştır.

Ayrıca önemli bir değişiklik daha yapılmış, “vergi alacakları” ifadesi “vergi ve buna bağlı alacaklar” olarak değiştirilmiş, vergi ve buna bağlı alacaklar ifadesi ile vergi alacağı olarak ifade edilen vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülüklerinin yanına varlığı bunlara bağlı olan başkaca alacaklar eklenmiştir.⁴⁵ Dolayısıyla vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülükler ek olarak gecikme faizi, tecil faizi, gecikme zammı gibi vergiye bağlı alacaklar da kanuni temsilcinin VUK’un 10. maddesi çerçevesindeki sorumluluğuna dahil olmuştur. Mezkûr maddeye son olarak 21.3.2018 tarihli 7103 sayılı Kanun’un 9. maddesiyle iki ek fıkra eklenmiş, kanun maddesi bu şekilde son halini almıştır.⁴⁶

⁴⁵ Murat Güngör, Anonim ve Limited Şirketlerde Kanuni Temsilcinin Vergi Hukukundaki Sorumluluğunun 5766 sayılı Kanun Açısından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, s.45.

⁴⁶ VUK’un 10. maddesinin en son hali şu şekildedir: “(1) Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatlar gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir. (2) (Değişik: 3.12.1988-3505/2 md.) Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Bu hüküm Türkiye’de bulunmayan mükelleflerin Türkiye’deki temsilcileri hakkında da uygulanır. (3) Temsilciler veya teşekkülü idare edenler bu suretle ödedikleri vergiler için asıl

Madde lafzından da anlaşılacağı üzere kanuni temsilcilerin VUK'un 10. maddesi çerçevesindeki sorumluluğu, limited şirketlerin yalnızca vergi, resim ve harçlar ve benzeri yükümlülükler ve bunlara bağlı olan gecikme faizi, tecil faizi ve gecikme zammından doğan borçlarına ilişkindir. Yine VUK'un 2. maddesine göre, gümrük idareleri tarafından alınan vergi ve resimler hakkında 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 242. maddesi uygulanır.

Bu alacakların dışındaki -ve sosyal sigorta primlerinin dışındaki- amme alacaklarının kanuni temsilcilerinden tahsilinde, VUK'a göre genel kanun niteliğini haiz olan 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi uygulanacaktır. Danıştay'ın yerleşik kararları bu doğrultudadır.⁴⁷

b. 6183 Sayılı Kanun'un Mükerrer 35. Maddesi Kapsamındaki Sorumluluk Hali

6183 sayılı Kanun'a, 4108 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle eklenen mükerrer 35. maddesi şu şekildedir: *"Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği*

mükelleflere rücu edebilirler. (4)Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını da kaldırmaz. (5) (Ek fıkra: 21.03.2018-7103/9 md.) Tasfiye edilerek tüzel kişiliği ticaret sicilinden silinmiş olan mükelleflerin, tasfiye öncesi ve tasfiye dönemlerine ilişkin her türlü vergi tarhiyatı ve ceza kesme işlemi, müteselsilen sorumlu olmak üzere, tasfiye öncesi dönemler için kanuni temsilcilerden, tasfiye dönemi için tasfiye memurlarından herhangi biri adına yapılır. Limited şirket ortakları, tasfiye öncesi dönemlerle ilgili bu kapsamda doğacak amme alacaklarından şirkete koydukları sermaye hisseleri oranında sorumlu olurlar. Şu kadar ki bu fıkra uyarınca tasfiye memurlarının sorumluluğu, tasfiye sonucu dağıtılan tutarla sınırlıdır. (6)(Ek fıkra: 21.3.2018-7103/9 md.) Beşinci fıkra kapsamına girmeyen tüzel kişilerin tüzel kişiliklerinin veya tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin sona ermesi halinde, sona erme tarihinden önceki dönemlere ilişkin her türlü vergi tarhiyatı ve ceza kesme işlemi, müteselsilen sorumlu olmak üzere, tüzel kişiliği olanların kanuni temsilcilerinden, tüzel kişiliği olmayan teşekküllerde ise bunları idare edenler (adi ortaklıklarda ortaklardan herhangi biri) ve varsa bunların temsilcilerinden herhangi biri adına yapılır. Bkz. < <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.4.213.pdf> > E.T: 20.03.2024. Kazancı Mevzuat.

⁴⁷ Danıştay VDDGK 2001/261E, 2001/31K, 26.1.2001 ; Danıştay VDDGK 2001/79E. 2001/208K. 18.5.2001; Danıştay VDDGK 2006/27E. 2006/174K. 16.6.2006. Bkz. Ahmet Emrah Geçer, "Kanuni Temsilcilerin Amme Borçlarından Sorumluluğu: Kusurlu Sorumluluk v. Kusursuz Sorumluluk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, S.129, s.117.

anlaşılın amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir. Bu madde hükmü, yabancı şahıs veya kurumların Türkiye'deki mümessilleri hakkında da uygulanır. Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını kaldırmaz. Temsilciler, teşekkülü idare edenler veya mümessiller, bu madde gereğince ödedikleri tutarlar için asıl amme borçlusuna rücu edebilirler”.

Bunu takiben, 04.06.2008 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanan 5766 sayılı Kanun ile mezkûr madde metnine iki ek fıkra eklenmiş; amme borcunun doğduğu zaman ile tahsil edildiği zamanda görev yapan kanuni temsilcilerinin müteselsil sorumlu olacağını öngören 5. fıkraya ve aynı alacak için hem 213 sayılı VUK hükümlerinin hem de 6183 sayılı Kanun'un hükümlerinin uygulanmasını öngören 6. fıkra hükmü Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla iptal edilmiştir.⁴⁸

3. Ara Sonuç

Şu halde, limited şirket ortaklarının ve kanuni temsilcilerinin amme borcundan doğan sorumluluklarını dayanak kanun bağlamında karşılaştırdığımızda, ortakların amme borcundan sorumluluğu

⁴⁸ “...Kanun koyucu, amme alacağını güvenceye almak bakımından sorumluluğun yaygınlaştırılması yoluna gidebileceği gibi müteselsil sorumluluk da öngörebilir. Ancak amme alacağının doğduğu veya ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilcilerin farklı kişiler olabileceği gerçeği göz önüne alındığında, kural ile getirilen düzenleme vergi ve diğer mali ödev ve sorumluluklarını zamanında ve eksiksiz olarak yerine getiren kanuni temsilcilerin, sonradan kendilerinin görevde olmadığı ve müdahale şanslarının bulunmadığı bir dönemde gerçekleşen bir eylemden müteselsilen sorumlu tutulmaları sonucunu doğurmaktadır...anılan kural (5. fıkra) Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir... 213 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, kanuni temsilcilerin sorumluluklarına ilişkin hükümlerin düzenlenmiş olması, bu Kanun kapsamındaki amme alacaklarının takibinin itiraz konusu kurala göre yapılmasına engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla itiraz konusu kural nedeniyle, 213 sayılı Kanun kapsamına giren amme alacakları da dâhil olmak üzere tüm amme alacakları için takip yapılması mümkündür. Bu durumda her iki kanunun aynı maddi olaya uygulanabilmesi nedeniyle, iki ayrı kanuni düzenlemeden hangisinin uygulanacağı konusunda belirsizlik oluşmaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kural (6. fıkra) hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır...” Bkz. AYM, E.2014/144, K.2015/29, 19.03.2015 <https://normkararlar-bilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2015/29?EsasNo=2014%2F144 E.T: 20.03.2024>.

6183 sayılı Kanun'un 35. maddesine göre belirlenecek; kanuni temsilcilerin sorumluluğu ise amme alacağı eğer bir vergi alacağı ve vergiye bağlı alacak niteliğini haizse -ve Gümrük idareleri tarafından alınan vergi ve resimlerin dışında bir amme alacağıysa-VUK'un 10. maddesine göre, eğer amme alacağı vergi alacağı ve vergiye bağlı alacak ve sosyal sigorta primleri dışında bir amme alacağıysa 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesine göre belirlenecektir.⁴⁹ Her ne kadar, 6183 sayılı Kanun'da kanuni temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen mükerrer 35. maddesi tüm amme alacaklarını ihtiva etmekte olsa da VUK'un 10. maddesi, 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesine göre özel kanun niteliğini haiz olduğundan bir vergi alacağı ve vergiye bağlı alacak söz konusu olduğunda VUK'un 10.maddesi uygulanacaktır.⁵⁰ Belirtmemiz gerekir ki, tahsil idaresinin kanuni temsilcinin yahut ortakların sorumluluğuna gitmekte takdir yetkisi bulunmaktadır.

D. Sorumluluğun Şartları Bakımından Karşılaştırma

Limited şirketin sorumlu olduğu amme alacakları için limited şirket kanuni temsilcilerini takip edebilmek adına VUK'un 10. maddesinde düzenlenen sorumluluk rejimi ile 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinde düzenlenen sorumluluk rejimi ve ortakları takip edebilmek adına aynı kanunun 35. maddesinde düzenlenen sorumluluk rejimi birbirinden farklı şartlara tabiidir. Fakat her ihtimalde dahi, kanuni temsilcilerin ve ortakların sorumluluğunun doğabilmesi için ilk olarak amme alacağının talep edilebilir nitelikte olması gerekmektedir. Amme alacağı, takibe konu borcun hiç tahakkuk etmemiş olması, terkin veya ödeme gibi yollarla ortadan kalkmamış, hukuki imkansızlığa uğramamış olmalıdır.⁵¹

⁴⁹ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun'un 88/16 maddesi, süresi içerisinde ödenmeyen prim ve diğer alacakların tahsilinde, 6183 sayılı Kanun'un-51. 102. ve 106. maddeleri hariç- uygulanacağını hüküm altına almış, aynı maddenin 20. fıkrasında ise kanuni temsilcilerinin sorumluluğunu düzenlemiştir. Dolayısıyla, 5510 sayılı Kanun'daki düzenleme diğer sorumluluk müesseselerine göre özel bir hüküm olduğundan, 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinin kapsamına vergi ve buna bağlı alacaklar ve sigorta primleri dışındaki tüm amme alacakları girecektir. Bkz. Karahanlı, s. 116-119.

⁵⁰ Geçer, s.116. Anayasa mahkemesi için ve diğer açıklamalar için bkz. Yukarı, 14-15. Sayfa ve dipnot 49.

⁵¹ Gonca Özkan, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından

1. VUK'un 10. Maddesine Göre

VUK'un 10. maddesine göre, kanuni temsilcilerin sorumluluğuna gidilebilmesi için vergi ve buna bağlı alacakların limited şirketten tamamen veya kısmen alınamaması gerekmektedir. Kanunun lafzından da tespit edileceği üzere kanun "vergi alacağının tahsil edilmesinin mümkün olmamasını" ifade etmektedir.

Gerçekten de VUK'un 10. maddesi gereği kanuni temsilcilerin tüzel kişiliğin borçları nedeniyle takip edilebilmesi için öncelikle temsilcisi olduğu tüzel kişi adına usulüne uygun tarh ve tahakkuk ederek kesinleşmiş ve vadesinde ödenmemiş bir amme alacağının bulunması gerekmektedir.⁵² Ancak bu kesinleşmiş amme alacağına ilişkin 6183 sayılı Kanun uyarınca başlatılan cebri icra yollarının tüketilmesi ve sonuçsuz kalması halinde kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilir.⁵³

Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 99. Amme alacağının zamanlaşımına uğramış olması, amme alacağını eksik borç haline getirir. Zamanlaşımı borcu sona erdiremez, borçluya bir def'i hakkı sağlar. Zamanlaşımına uğramış bir borcun borçlusunun borcunu ifa etmesine engel olmak için sebep yoktur. Oğuzman/Öz, s.583. Dolayısıyla, zamanlaşımının amme borcunu tamamıyla sona erdirdiğini söylemek doğru olmaz. Nitekim, 6183 sayılı Kanun'un 102. maddesinin 2. fıkrasına göre zamanlaşımından sonra mükellefin rızaen yapacağı ödemeler kabul olunur.

⁵² "...213 sayılı Kanun'un yukarıda kuralına yer verilen 10. maddesi uyarınca, kanuni temsilcilerin tüzel kişiliğin borçları nedeniyle takip edilebilmesi için de öncelikle temsilcisi olduğu tüzel kişi adına usulüne uygun tarh ve tahakkuk ederek kesinleşmiş bir kamu alacağının bulunması gerekmektedir..." Danıştay 3. Daire, E. 2019/6032 K. 2022/873 T. 3.3.2022; Danıştay 7. Daire, E. 2020/56, K. 2020/5124, T. 15.12.2020. E.T: 20/03/2024. Lexpera Mevzuat.

⁵³ "...Kamu alacağının kanuni temsilciden aranabilmesi için vergi borçlusu şirket hakkında 6183 sayılı Yasa ile belirlenen takip ve cebren tahsil yollarının tüketilmesi ve kamu alacağının şirketin mal varlığından tahsil olanağı bulunmadığının saptanması gerekmektedir... davacının kanuni temsilcisi olduğu şirkete ait borcun kesinleşmesi için, öncelikle şirketin iflası ile birlikte iflas masasına alacak kaydı yaptırılıp, kamu alacağının 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda belirtilen usullere göre tahsilinin sağlanması gerekmekte iken, bu süreç tamamlanmadan söz konusu alacağın şirketten tahsili için tüm takip yollarının tüketildiğinden, diğer bir ifade ile kamu alacağının şirketin mal varlığından tahsil olanağı kalmadığından söz edilemeyeceği için davacı adına kanuni temsilci sıfatıyla ödeme emri düzenlenmesinde isabet bulunmamaktadır..." Danıştay 9. Daire, E. 2020/2784 K. 2021/2502 T. 5.4.2021. E.T: 20/03/2024. Lexpera Mevzuat.

Dolayısıyla burada borcun ifası, cebri icra yolu ile limited şirketten elde edilemeyecek duruma girmektedir.⁵⁴ Limited şirketten amme alacağının tahsil edilememesinin ispatının, aciz vesikasıyla sağlanıp sağlanamayacağı hususunda kanunda bir açıklık bulunmamakta olup yüksek mahkemelerin de bu hususta içtihat haline gelmiş bir uygulaması bulunmamaktadır. Zira Danıştay bazı kararlarında aciz vesikasının şart olmadığı yönünde hüküm kurarken⁵⁵ bazı kararlarında aciz vesikasının şart olduğuna hükmetmektedir.⁵⁶ Kanaatimce, kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidebilmek adına amme borcunun şirketten tahsil edilemediğini aciz vesikası ile ispat etmek aşırı şekilciliğe yol açıp tahsil idaresinin alacağına kavuşmasını geciktirse de, kanunun “tamamen ve kısmen alınamaması” yönündeki lafzı nazara alınmalı ve “alınamama” durumu aciz vesikasıyla belgelenmelidir.

Öte yandan, kanuni temsilcinin sorumlu tutulması için limited şirketin vergi ödevlerinin yerine getirilmemiş olması gerekir (VUK m.10/2). Aynı yoruma VUK m. 10/1’den varmak da mümkündür.⁵⁷

⁵⁴ Eslem Ayaz, Limited Şirketlerde Kanuni Temsilci ve Ortakların Vergisel Sorumlulukları, Seçkin Yayınevi, 2013, s.70; Karahanlı, s. 96.

⁵⁵ “...Olayda, davacının yönetim kurulu üyesi bulunduğu şirkete ait hacizli malların satışı sonucunda elde edilen meblağın diğer hacizli borçlara pay edilmesi nedeniyle, vergi dairesine olan borçlarının bu satışlardan ödenmesi olanağının kalmadığı anlaşıldığından, şirketin aciz halinde olduğuna dair belge düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak, yönetim kurulu üyeliğinden 16.10.1997 tarihinde istifa ile ayrıldığı anlaşılan davacının, şirketin bu tarihten sonraki vergilendirme ile ilgili ödevlerini yerine getirmediğinden söz edilemeyeceğinden; istifa tarihi dikkate alınıp, buna göre bir karar verilmesi gerekirken, aciz halinin tespit edilmediği gerekçesiyle verilen temyize konu kararda isabet bulunmamaktadır...” Danıştay 7. Daire, E. 2000/2724, K. 2000/3446, T. 23.11.2000.

⁵⁶ “...borçlu şirketin borcu karşılayabilecek düzeyde haczi kabil malı bulunmaması veya bulunan malların satış bedelinin borcu karşılamaması nedeniyle borçlunun aciz halinde bulunduğu bir aciz fişi ile kanıtlaması gerekmektedir...” Danıştay 3. Daire, 04.06.1998, E 1997/3280, K. 1997/2148. Kararlar için bkz. ibid 96.

⁵⁷ “...Davacıdan ödenmesi istenilen vergi borçları her ne kadar davacının yasal temsilcilik yaptığı döneme ilişkin ise de, davacının sorumluluğu, yöneticiliği döneminde defter ve belge ibraz edilmemesi, beyanname verilmemesi, beyan edilen bir borcun ödenmemesi veya yapılan inceleme sonucu eksik beyanda bulunduğu tespitinde söz konusu olabileceğinden, kanuni temsilcilik sıfatının sona ermesinden sonra asıl borçlu şirketin 13.4.1998 tarihinde o dönemde müdür olan şahıstan istenilen defter ve belgelerinin ibraz edilmemesiyle ve daha sonrasında da 4811 sayılı Yasa’dan 17.4.2003 tarihinde yararlanılarak taksitlendirilen borçların ödenmemesi eyleminden sorumlu tutulamayacağı açık bulunmaktadır...”

Zira anılan fıkraya göre tüzel kişilerin vergi mükellefi veya vergi sorumlusu olması halinde, bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri tarafından yerine getirilecektir. Belirtmek gerekir ki, amme alacağının kanuni temsilciden tahsili yoluna gidilebilmesi için vergi borcunu doğuran eylem ile kanuni temsilci arasında nedensellik ilişkisi bulunması gerekir.⁵⁸

2. 6183 sayılı Kanun'un 35. ve Mükerrer 35. Maddesi

Limited şirket ortaklarının amme borçlarından sorumluluğu düzenleyen 35. madde ve kanuni temsilcilerinin amme borçlarından⁵⁹ sorumluluğunu düzenleyen mükerrer 35. madde, sorumluluğun şartı bakımından aynı mahiyette düzenlemeleri içermektedir. Hem 35. madde hem de mükerrer 35. madde muvacehesinde ortakların ve kanuni temsilcilerin sorumluluğunun doğması için amme alacağının limited şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilmemesi ya da tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gerekir. Dikkat edilirse burada VUK'un 10. maddesinden farklı olarak bir de "tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması" koşulu bulunmaktadır.

Tahsil edilemeyen ve tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağının tanımı mezkûr kanunun 3. maddesinde açıklanmıştır. Maddeye göre, tahsil edilemeyen amme alacağı *Amme borçlusunun bu Kanun hükümlerine göre yapılan mal varlığı araştırması sonucunda haczi kabil herhangi bir mal varlığının bulunmaması, haczedilen mal varlığının satılarak paraya çevrilmesine rağmen satış bedelinin amme alacağını karşılamaması gibi nedenlerle tahsil edilemeyen amme alacaklarını, tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağı ise borçlusunun haczedilen mal varlığına bu Kanun hükümlerine göre biçilen değerlerin amme alacağını karşılayamayacağı veya hakkında iflas kararı verilen amme borçlusundan aranılan amme alacağının iflas masasından tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gibi nedenler-*

Danıştay Kararı - 9. D., E. 2010/2642 K. 2013/4854 T. 20.5.2013. E.T: 20.03.2024. Lexpera Mevzuat.

⁵⁸ Ömer Alper Köroğlu, Yargı Kararları Işığında Anonim ve Limited Şirketlerde Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 74.

⁵⁹ Özel-genel kanun ayrımı gereği, vergi ve bağlı alacaklarda 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi uygulanmayacak, VUK'un 10. maddesi uygulanacaktır. Bkz. Dipnot 49.

le tahsil dairelerince yürütülen takip muamelelerinin herhangi bir aşamasında amme borçlusundan tahsil edilemeyeceği ortaya çıkan amme alacaklarını ifade etmektedir. Söz konusu haller sınırlı olarak olarak sayılmamış olup örnek kabilinden sayılmıştır.⁶⁰

İfade etmek gerekir ki, idarenin tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağını belirlerken takdir hakkının çerçevesiz ve ölçsüz olduğu söylenemez, tahsil idaresi takdir yetkisini kullanırken güçlü delillere dayanmalıdır.⁶¹ Mal varlığı araştırması sonucunda şirketin uhdesinde yer alan malın borcu karşılamayacağı açıksa kanuni temsilcinin/ ortağın sorumluluğuna gidilebilir.⁶²

⁶⁰ Karahanlı, s.125.

⁶¹ Aynı yönde Çelik, s.26.

⁶² "...Vergi Dava Dairesince, şirket hakkında yapılan mal varlığı araştırmasının yeterli olmadığından bahisle şirket hakkında tüm takip yollarının tüketildiğinden söz edilemeyeceği gerekçesiyle dava konusu ödeme emri iptal edilmiş ise de uyumsuzluk konusu ödeme emrinin toplam 20.496.135,10 TL tutarında kamu alacağının tahsili amacıyla düzenlendiği olayda, 09/02/2018 tarihi itibarıyla 43.237.543,52 TL vergi borcu bulunan şirket hakkında yapılan mal varlığı araştırmasında saptanan dört araçtan, üçünün üzerinde 2.080.000 TL'lik borç nedeniyle ... Bankası lehine rehin bulunduğu, diğer araç satılsa dahi bedelinin borcu karşılamayacağı açık olduğundan ve şirket hakkında bankalar nezdinde şirket yetkilisinin talebi doğrultusunda e haciz uygulanmadığından davacının asıl borçlu şirket borçları nedeniyle kanuni temsilci sıfatıyla takibi için gereken koşulların oluştuğu sonucuna ulaşılmıştır..." Danıştay 3. Dairesi, E. 2020/1639 K. 2022/837 T. 1.3.2022 ; "...Vergi Mahkemesince, dava konusu ödeme emrinin 2010 yılının Mart ila Haziran dönemine ilişkin kamu alacakları yönünden, şirket hakkında mal varlığı araştırmasının yapıldığı tarih itibarıyla söz konusu rehin ve hacizlere ilişkin son borç durumlarının araştırılmadığı, kıymet takdirlerinin yapılmadığı dolayısıyla kamu alacağının şirketin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyeceğinin somut bir biçimde ortaya konulmadığı gerekçesiyle dava konusu ödeme emrinin değinilen kısmı iptal edilmiş ve bu karara karşı yöneltilen davalı idare istinaf başvurusu da reddedilmiş ise de asıl borçlu şirketin takibe alınan vergi borcununun 1.657.977,19 TL olduğu, asıl borçlu şirket hakkında yapılan mal varlığı araştırmasında saptanan 1 adet gayrimenkul ve ... plakalı araç üzerinde Kuveyt Türk lehine ipotek, ... plakalı araç üzerinde İskenderun 1.Noterliğince konulan rehin ve davalı idarece uygulanan hacizden önce konulmuş hacizler bulunduğu dikkate alındığında sözü edilen varlıklar satılsalar dahi bedelinin borcu karşılamayacağı açık olduğundan davacının asıl borçlu şirket borçları nedeniyle ortak sıfatıyla takibi için gereken koşulların oluştuğu sonucuna varılmıştır..." Danıştay 3. Dairesi, E. 2019/2376 K. 2022/901 T. 3.3.2022. E.T:26.03.2024. Lexpera Mevzuat.

3. Ara Sonuç

Sonuç itibarıyla, VUK'un 10. maddesine göre kanuni temsilcinin amme alacağından doğan sorumluluğuna gitmek, 6183 sayılı Kanun'daki kanuni temsilcinin vergi ve vergiye bağlı alacaklar ve sigorta primleri dışındaki sorumluluğunu düzenleyen mükerrer 35. maddesine ve ortakların amme alacağından doğan sorumluluğunu düzenleyen 35. maddesine göre daha zor usullere tabidir. Zira, VUK m.10 "*tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen*" amme alacaklarının bulunması halinde gidilebilecek bir sorumluluk rejimi iken, 6183 sayılı Kanun "*tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen ve tahsil edilemeyeceği anlaşılan*" amme alacaklarını konu alarak tahsil idaresinin tahsil kabiliyetini bir nevi hızlandırmaktadır.

E. Sorumluluğun Niteliği Açısından Karşılaştırma

Limited şirketler kanuni temsilcilerinin ve ortaklarının amme alacaklarından doğan sorumluluğunun niteliği, kusur sorumluluğu-kusursuz sorumluluğu, sorumluluğun fer'iliği, sorumluluğun zaman ve mal varlığı bağlamında sınırı açısından farklı usule tabi olduklarından, bu yönden karşılaştırma yapmamız yararlı olacaktır.

1. Kusur Sorumluluğu Açısından

VUK'un 10. maddesi gereği kanuni temsilcilerin sorumlu tutulabilmesi için vergi ödevlerini yerine getirmemeleri zaruri olup buradaki sorumluluğun kusur sorumluluğu mu yoksa kusursuz sorumluluk mu olduğu hususunda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre, kanuni temsilcinin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması şart değildir. Kanunda yer alan ödev ve sorumlulukların yerine getirilmemiş olması sorumluluğun doğması için yeterlidir. Bu yazarlara göre, 10/12/1988 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan 3505 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle "*bu ödevleri kasıt ve ihmalleriyle*" ifadesinin kanun metninden çıkartılması kanuni temsilcilerin kusursuz sorumluluğunu ortaya koymaktadır.⁶³

⁶³ Reha Poroy/Reha Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku, 14.Baskı, Vedat Kitapçılık, 2021, s.354. Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt: I-II, Seçkin Yayıncılık, 2022, s.1874. Aktaran, Özkan, s.89.

Doktrindeki baskın olan diğer bir görüş ise VUK'un 10. maddesinde yer alan sorumluluğun kusur esasına dayalı olduğunu savunmaktadır. Bu görüşün dayanağı, yine mezkur 3505 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle maddenin ikinci fıkrasında yer alan "*Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır*" ifadesinde herhangi bir değişiklik yapılmamasıdır.⁶⁴

Kanaatimce, VUK'un 10. maddesinde yer alan kanuni temsilcinin sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak kabul etmek gerekir. Nitekim 3505 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle *bu ödevleri kasık ve ihmalleriyle* ifadesi kanun metninden çıkartılmış olup bu ifadenin çıkartılması kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmalıdır. Gerçekten de maddede yapılan değişikliğin gerekçesinde temsilcilerin kasıt ve ihmalinin aranmaksızın sorumlu tutulmalarının amaçlandığı yer almaktadır.⁶⁵

Kanuni temsilcilerin vergi ve vergiye bağlı alacaklar ve sosyal sigorta primleri dışındaki amme alacaklarından sorumluluğunu düzenleyen 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesine yer alan sorumluluk rejimine göre aranan şart ise amme alacağının limited şirket tüzel kişiliğinden tahsil edilememiş ya da tahsil edilemeyeceğinin anlaşılmasıdır.⁶⁶ Dolayısıyla buradaki sorumluluk doktrindeki bas-

⁶⁴ Turgut Özüt, "3505 sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanununda Yapılan Değişiklikler", *Vergi Dünyası*, 1989, S.90, s. 37-38. Aktaran: İbid, s.89.

⁶⁵ "... Anılan fıkrada yapılmış olan değişiklikle kasıt ve ihmalleri ifadesi kanun metninden çıkarılmıştır. Bu suretle tüzel kişilerle, küçüklerin ve kısıtlıların tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olması ve vergi alacağını bu mükellef veya sorumluların varlığından tamamen veya kısmen alınamaması halinde, tüzel kişilerin, küçük ve kısıtlıların kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenlerin varsa bunların temsilcilerinin kasıt ve ihmali aranmaksızın vergi ve vergiye bağlı vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı ile tecil faizi, gecikme faizi gibi fer'i amme alacaklarının ödenmesi bakımından sorumlu tutulmaları amaçlanmıştır..." Osman Selim Kocahanoğlu, *Gerekçeli Açıklamalı Türk Vergi Kanunları*, 13. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1998, s.299.

⁶⁶ Hatta bir Danıştay kararında idarenin kusurlu davranışının bile kanuni temsilcinin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı ifade edilmiştir. "...şirketin tüzel kişiliği sona erinceye kadar tahsil zamanasını süresi içerisinde kalan tahsilata ilişkin süreler izlenecek olup bu süre içerisinde idarenin kusurlu davranarak tahsilat işlemlerini aksatması, borcun ortadan kalkmasına neden olmayacağı gibi kusursuz sorumluluğu bulunan kanuni temsilcilerin sorumluluğunu da kanunun

kın görüşe göre kusursuz sorumluluktur.⁶⁷ Nitekim kanunun lazında anılan durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde başkaca bir koşul aranmaksızın, kanuni temsilcinin sorumluluğu doğmaktadır.⁶⁸

Kanun koyucunun buradaki sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak düzenlemesinin hukuk devleti ilkesine uygun olup olmadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Zira, Türk Hukukunda kural olarak sorumluluk müessesesinde kusur ilkesi benimsenmiş olup kusursuz sorumluluk istisna olarak düzenlenmiştir.⁶⁹ Kusursuz sorumluluğu öngören hükümlerde ise ortak olan bir özellik vardır ki, o da kanunun kusursuz sorumluluk yüklediği tüm kişiler sorumluluğun doğumuna kaynaklık eden faaliyetin bizzat sahibi ya da yararlanıcısıdır.⁷⁰ Fakat, 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35.maddesinde yer alan bu sorumluluk türünde kanun temsilci kamu hukuku ilişkisinin tarafı olmayıp teşekkülün ya da faaliyetin yararlananı da değildir. Yine Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan kusursuz sorumluluk türlerinde kusursuz sorumlu olduğu iddia edilen kişi savunma hakkını haiz olup kişinin sorumlu olup olmadığına yapılan yargılama sonucunda ulaşılmaktadır.⁷¹ Ayrıca bu kusursuz sorumluluk türlerinde borçlu kurtuluş karinesi getirerek sorumluluktan kurtulabilmektedir. Bu kusursuz sorumluluk türleriyle 6183 sayılı Kanun'un getirdiği kusursuz sorumluluk türü arasında oldukça fark olduğu açıktır.⁷²

aradığı diğer koşulların gerçekleşmesi şartıyla ortadan kaldırmayacaktır..." Danıştay 4. Daire, 08/12/2020, E. 2016/13177, 2020/5316K. Aktaran: Karahanlı, s. 113.

⁶⁷ Çelik, s.30. Bu sorumluluk türünün bir tür kanuni kefalet olduğu, kanuni temsilcinin olağanüstü ekonomik kriz, doğal afet vb. gibi olağanüstü durumlarda da sorumluluğunun doğacağı görüşü hakkında bkz. Turgut Candan, Kanuni Temsilcilerin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, 3.Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2016, s.8.

⁶⁸ Raziye Aksu Özkan, "Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 26.06.2019 tarihli ve E: 2013/1, K: 2018/1 Sayılı Kararı Işığında Limited Şirketlerde Kamu Borçlarından Doğan Sorumluluğun İncelenmesi", 2020, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C.6, S.1, s.14.

⁶⁹ Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s.179. Aktaran: Geçer, s.120.

⁷⁰ İbid, s.120.

⁷¹ İbid, s.121. Osman Saraç, "Amme Alacağının Korunması ve Vergisel Sorumluluk", *Yaklaşım Dergisi*, 2020, S.89, s.197. Aktaran: Özkan s.90.

⁷² Geçer, 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinin getirdiği kusursuz sorumluluk müessesesini hukuk devleti, ölçülülük ilkesi ve idarenin genel esasları bağ-

Limited şirket ortaklarının sorumluluğunu düzenleyen 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesi ise farklı bir düzenleme getirmemekte olup burada düzenlenen sorumluluk türü de kusursuz sorumluluktur.⁷³

2. Sorumluluğun Fer'iliği Açısından

Sorumluluğun fer'iliği açısından karşılaştırma yaptığımızda VUK'un 10. maddesinde, 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesinde ve mükerrer 35. maddesinde de amme alacağının şirket tüzel kişiliği tarafından ödenmesi esastır. VUK'un 10. maddesi kapsamında amme alacağı (vergi alacağı ve buna benzer alacaklar) şirket tüzel kişiliğinden tahsil edilemezse; 6185 sayılı Kanun kapsamında ise amme alacağı şirket tüzel kişiliğinden tahsil edilemez ve tahsil edilemeyeceği anlaşılrsa ancak kanuni temsilcinin ve ortağın sorumluluğuna gidilebilir.⁷⁴ Fakat 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 88/20. maddesinde kanuni temsilcilerin direkt takip edilebileceğine yönelik düzenleme bulunduğunu belirtmek gerekir.

3. Sorumlulukta Sınır

Kanuni temsilcilerin ve ortakların limited şirketlerden tahsil edilemeyen amme borcundan doğan sorumluluklarının sınırını mal varlığı ve zaman bakımından ikiye ayırmak mümkündür.

lamında değerlendirmiş ve mezkûr maddeyle VUK'un 10. maddesinin tam bir paralellik arz etmesi gerektiğini, maddenin bu halinin hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir. Açıklamalar için bkz. İbid, 120-123.

⁷³ Limited şirket ortaklarına yüklenen bu sorumluluk, sermaye şirketi kurulma mantığı ile çelişmektedir. 6185 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle birlikte limited şirketlerde tüzel kişilik perdesi sermaye hissesi oranında kaldırılmıştır. Binnur Çelik, "Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Limited Şirket Ortaklarının Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2020, S.4, Ankara, s.125. <[https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/287976#:~:text=Maddenin%20yeni%20metninden%20anlaşıldığı%20üzere,sermayenin%20ödenmiş%20olup%20olmamasına%20bağlanmamıştır.#301510\]-287976.pdf](https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/287976#:~:text=Maddenin%20yeni%20metninden%20anlaşıldığı%20üzere,sermayenin%20ödenmiş%20olup%20olmamasına%20bağlanmamıştır.#301510]-287976.pdf)> E.T: 20/03/2024

⁷⁴ Silahşör, s.51. "...Dolayısıyla limited şirket kanuni temsilci ve ortaklarının takibinde, vergi borcunun öncelikle şirket tüzel kişiliğinden tahsili yoluna gidilmesi her iki Kanunun birbirine benzer hükümleri olup, borcun tahsilinin mümkün olmaması halinde ise kanuni temsilci veya ortağın takibi bakımından bir öncelik sırası öngörülmemiştir..." (Danıştay Kararı- 4. D., E. 2016/18865 K. 2021/3021 T. 7.6.2021) Lexpera Mevzuat. E.T: 20.03.2024.

a. Mal Varlığı Bakımından

Limited şirket kanuni temsilcileri, hem VUK m. 10 hem de 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi çerçevesinde limited şirketten tahsil edilemeyen amme alacağından tüm malvarlığıyla sınırsız sorumludur.⁷⁵

Limited şirket ortakları ise amme alacağından sermaye payları oranında malvarlığıyla sorumludur. Limited şirket ortaklarının bu sorumluluğu sermaye payının, toplam amme alacağına oranına göre hesaplanır. Örnek olarak, şirkette %20'lik paya sahip bir ortak 100.000-TL'lik amme borcunun 20.000-TL'sinden sorumlu olacaktır. Ortakların sermaye borcu tutarında sorumlu olacağına ilişkin düzenleme 29/07/1998 tarihli Resmî Gazete'de 4369 sayılı Kanun'la değişmiştir.⁷⁶ Dolayısıyla, ortağın kamu idaresine karşı sorumluluğunun tutarı onun şirkete taahhüt etmiş sermaye tutarı ile sınırlı değildir.⁷⁷

Limited şirket ortağının aynı zamanda müdür olması halinde aynı zamanda ortak olan şirket müdürü (kanuni temsilcisi) amme borcunun tamamından, müteselsilen tüm mal varlığıyla sorumlu hale gelir.⁷⁸ Limited şirketin ortakları arasında başka bir limited şirketin bulunması halinde ise ortak olan limited şirketin ortaklarının sorumluluğuna gidilmez. 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesi, mükerrer 35. maddesindeki ve VUK'un 10. maddesindeki düzenlemeler "borçluluk" düzenlemeleri olmayıp "borçtan sorumluluk/ tahsilat muhataplığı sorumluluğu" düzenlemeleridir.⁷⁹

b. Zaman bakımından

Kanuni temsilcilerinin ve ortakların sorumluluklarının zaman bakımından sınırlandırılmasında, VUK'un 10. maddesi ve 6183 sayılı

⁷⁵ Karahanlı, s.102.

⁷⁶ 4369 sayılı Kanun için bkz. <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4369.pdf>> E.T: 20/03/2024.

⁷⁷ Raziye Aksu Özkan, "Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirkette Pay Devrinin Ortağın Kamu Borçlarına Etkisi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C.10, S.1, s.257. < <https://dergipark.org.tr/tr/pub/hacettepehdf/issue/52790/712765>> E.T: 20/03/2024

⁷⁸ Silahşör, s.51.

⁷⁹ Şükrü Kızılot/Doğan Şenyüz/Metin Taş/Recai Dönmez, *Vergi Hukuku*, 3. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, 2008, 85. Aktaran: Zübeyir Bakmaz, "Limited Şirket Vergi Borçlarının Ödenmesinde Ortakların Sorumluluğu", *Uluslararası Sosyal, Siyasal ve Mali Araştırmalar Dergisi (USSMAD)*, 2022, C.2, S.1, s.6.

Kanun'un 35. ve mükerrer 35. maddeleri farklı düzenlemeler getirmektedir.

VUK'un 10. maddesi, kanuni temsilcilerin vergi ödevini yerine getirmemesi halinde uygulama bulacağı için, kanuni temsilciler ancak kendi dönemleri içinde yerine getirilmeyen vergi ödevi nedeniyle doğan vergi ve vergiye bağlı alacağa dayanan amme borcundan sorumludur. Başka bir ifadeyle, kanuni temsilci olunan dönemde şirketin hangi vergi ödevinin, ne suretle yerine getirilmediğinin tespiti zorunludur.⁸⁰

Görev süresi sona eren kanuni temsilcinin, görev yaptığı döneme ilişkin bile olsa, yeni kanuni temsilcinin vergi ödevlerini yerine getirmemesinden dolayı sorumluluğu doğmayacaktır.⁸¹ Kanuni temsilcinin göreve başlama ve sona erme tarihi Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayınlanan ilana göre tespit edilir.⁸²

⁸⁰ "...Davacının borçlu şirketteki ortaklığı ve şirket müdürlüğü 26/02/2013 tarihli ortaklar kurulu kararının 4 Mart 2013 tarihli ve 8270 sayılı Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilmekle sona ermiş, aynı tarihte şirket müdürlüğüne on yıl süre ile U.U. atanmıştır. Dava konusu ödeme emri ile istenen Ocak-Mart 2013 dönemine ilişkin gelir (stopaj) vergisi ve fer'ilerinden oluşan kamu alacağının yeni kanuni temsilci tarafından verilen 19/04/2013 tarihli beyanname üzerinden tahakkuk ettirilen vergi ve fer'ilerinin ödenmemesinden kaynaklandığı anlaşıldığından, bu tarih itibarıyla beyanname verilmesi ve beyan üzerine tahakkuk ettirilen verginin ödenmesiyle ilgili yerine getirmesi gereken bir kanuni ödevi bulunmayan davacının, ödenmeyen kamu alacağından sorumlu tutulmasına olanak bulunmadığından, vergi mahkemesince değinilen döneme isabet eden kamu alacağı yönünden davanın reddi yolunda hüküm kurulması hukuka uygun görülmemiştir..." (Danıştay 4. Daire Kararı, E. 2021/226 K. 2021/3207, T. 15.6.2021) Kazancı Mevzuat. E.T: 20.03.2024

⁸¹ "...davacının sorumluluğu, yöneticiliği döneminde defter ve belge ibraz edilmemesi, beyanname verilmemesi, beyan edilen bir borcun ödenmemesi veya yapılan inceleme sonucu eksik beyanda bulunulduğunun tespiti halinde söz konusu olabileceğinden, kanuni temsilcilik sıfatının sona ermesinden sonra asıl borçlu şirketin 13.04.1998 tarihinde o dönemde müdür olan şahıstan istenilen defter ve belgelerinin ibraz edilmemesiyle ve daha sonrasında da 4811 Yasa'dan 17.4.2003 tarihinde yararlanılarak taksitlendirilen borçların ödenmemesi eyleminden sorumlu tutulamayacağı açık bulunmaktadır..." (Danıştay 9. Daire Kararı, E. 2010/2642, K. 2013/4854, T. 20.05.2013) Diğer Danıştay kararları için bkz. Karahanlı, s.104.

⁸² "...Olayda, vergi borcunun şirketten tahsilinin olanaksız hale geldiğinden bahisle 2006 ve 2007 yıllarının muhtelif dönemlerine ait vergi borçlarının tahsili amacıyla kanuni temsilci sıfatıyla davacı adına ödeme emri düzenlenmiş ise de; 21/04/2010 tarih ve 7548 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayımlanan ila-

6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesine göre, kanuni temsilciler yalnızca görev yaptıkları dönemlerde yapılan iş ve işlemlerden sorumlu olur. Dolayısıyla bu madde uyarınca kanuni temsilci yalnızca görevde bulunduğu dönemden sorumlu olacaktır.

6183 sayılı Kanun'un 35. maddesine göre ise, limited şirket ortaklarının şirket amme borcundan sorumlu tutulması için ortak olunan döneme ait amme borcu bulunması yeterli olup ortaklıktan ayrılmış olunması bu durumu etkilemez.⁸³ Tahsili gereken amme alacağının ait olduğu dönemde şirketin paylarına sahip ortakların, bu dönemden sonra paylarını devretmiş olsalar da ortaklık sıfatının sürdüğü dönemlere ilişkin şirketin amme borçlarından kaynaklanan sorumluluklarının kalkacağından söz edilemez.⁸⁴ Maddenin 2. fıkrasına göre ortağın

na göre 14/04/2010 tarihinde şirket müdürü olarak atanan ve şirket ortağı olmadığı anlaşılan davacının asıl borçlu şirketin müdürü olarak atandığı tarihten önceki dönemlerine ait vergi borcunun ödenmesinden sorumlu tutulabilmesi mümkün olmadığından şirket borçlarının vadesinde ödenmemesi nedeniyle adına düzenlenen ödeme emrinde hukuka uyarlık görülmemiştir..." (Danıştay 7. Daire Kararı, E. 2016/3760, K. 2021/2160, T. 19.4.2021) Kazancı Mevzuat. E.T: 28.11.2022

⁸³ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2021/100, K. 2022/1145, T. 5.10.2022. E.T: 20/03/2024. Kazancı Mevzuat. Danıştay bir kararında, 213 sayılı VUK'un mükellef ve vergi sorumlusu başlıklı 8. maddesinin 3. fıkrasında, vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna ilişkin özel mukavelelerin vergi dairelerini bağlamayacağı kuralına yer verildiğini, dolayısıyla limited şirketteki ortaklık payının kısmen veya tamamen bir üçüncü kişiye devrine ilişkin bir özel hukuk sözleşmesi mahiyetinde olan sözleşmelerin kamu alacağının tahsilinden doğan sorumluluğu ortadan kaldıramayacağına karar vermiştir. Ortağın ortaklık sıfatının sürdüğü dönemlere ilişkin şirketin kamu borçlarından sorumluluğu devam eder. Danıştay, 3.Daire, E. 2007/1961, K. 2011/6446, T. 02.11.2011. Aktaran: Tamer Budak/Selami Er, "Limited Şirket Ortaklarının Kamu Alacağına İlişkin Sorumluluklarının Değerlendirilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C.4, S.2, 2013, s.82.

⁸⁴ "...Söz konusu ödeme emrinin, asıl borçlu şirket adına düzenlenen ... tarih ve ... takip numaralı ödeme emri içeriğinde yer alan 2010 yılının Ocak ilâ Ekim aylarına ilişkin amme alacaklarından kaynaklandığı, davacının 12/11/2010 ilâ 17/01/2012 tarihleri arasında şirket ortağı olduğu anlaşılmış olup, her ne kadar Bölge İdare Mahkemesince, davacının hisselerini devir aldığı tarihten önceki tarihlerde doğan amme alacaklarına ilişkin sorumluluğu bulunmadığı gerekçesiyle ödeme emrinin dava konusu edilen kısmının iptaline karar verilmiş ise de, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35. maddesi gereğince limited şirket payını devralan ortağın, devir öncesine ait şirket borçlarından devredenle birlikte müteselsilen sorumlu olduğu açıktır..." Danıştay 7. Daire, E. 2020/3441, K. 2023/1218, T. 2.3.2023. Benzerleri için bkz. Danıştay 7. Daire, E. 2020/1243

şirketteki sermaye payını devretmesi halinde, payı devreden ve devralan şahıslar devir öncesine ait amme alacaklarından müteselsilen sorumlu olur. Yine anılan maddenin üçüncü fıkrasına göre, amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olması ihtimalinde, bu şahıslar amme alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu olacaktır. Kanunun lafzında yer alan “farklı şahıslar olması” ifadesi açık olmayıp bu terimin “sermaye payının kısmen veya tamamen devredilmesi”, “ölüm”, “ortaklıktan çıkma ya da çıkarılma gibi çeşitli nedenlerle ortaklık ilişkisinin sona ermesi” durumunun kastedildiği sonucuna varılmaktadır.⁸⁵

4. Sorumlulukta Rücu

Kanuni temsilcilerin vergi ve vergiye bağlı borçlardan doğan sorumluluğuna ilişkin ödedikleri miktarları limited şirkete rücu edebileceği, VUK’un 10. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiş bulunmaktadır. Madde metnine göre temsilciler veya teşekkülü idare edenler bu suretle ödedikleri vergiler için asıl mükelleflere rücu edebilirler. Müdürlerin veya diğer kanuni temsilcilerin kusurlu olması ödedikleri miktarı rücu etmelerine engel teşkil etmezse de verginin zamanında ödenmemesine bağlı olarak ortaya çıkan gecikme zammı, gecikme faizi gibi vergiye bağlı alacaklar için şirkete rücu edilemeyecektir.⁸⁶

Kanuni temsilcilerin 6183 sayılı Kanun’un mükerrer 35. maddesinden doğan sorumluluğunda ise, rücu mekanizması aynı maddenin 4. fıkrasında düzenlenmiş olup madde metnine göre temsilciler, teşekkülü idare edenler veya mümessiller, bu madde gereğince ödedikleri tutarlar için asıl amme borçlusuna rücu edebileceklerdir.

6183 sayılı Kanun’un 35. maddesinde ise ortakların ödedikleri amme borcunu rücu edebileceklerine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide, ortakların ödedikleri tüm amme borcu için şirkete rücu imkanlarının bulunduğu kabul edilmektedir.⁸⁷

K. 2023/1701, T. 22.3.2023: Danıştay 4. Daire, E. 2018/3910, K. 2022/723, T. 14.2.2022: Danıştay 3. Daire, E. 2022/2074, K. 2022/3168, T. 15.9.2022. E.T: 20/03/2024. Kazancı mevzuat.

⁸⁵ Bakmaz, 26.

⁸⁶ Candan, s.182.

⁸⁷ Fakat, ortaklar ödedikleri amme borcundan dolayı diğer ortaklara ve kanuni temsilcilere rücu edemezler. Ayaz, s.90.

5. Müşterek – Müteselsil Sorumluluk

Kanuni temsilcilerinin VUK'un 10. maddesinden kaynaklanan sorumluluğuna göre, birden fazla kanuni temsilci olması halinde, kanuni temsilciler vergi ve vergiye bağlı borçlardan müteselsilen sorumlu olur.

6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesine göre olan sorumluluk rejiminde de kanuni temsilciler limited şirketlerden tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacaklarından müteselsil sorumludurlar.⁸⁸

6183 sayılı Kanun'un 35. maddesine göre ise limited şirketin her ortağı, ödenmeyen amme borçlarından dolayı kendi hissesi oranında sorumlu olup ortaklar ödenmemiş amme borçlarını, hisseleri oranında, kendi şahsi malvarlıklarından ödeyeceklerdir. Bu yönde sorumluluk müteselsil değil, müşterek sorumluluktur. Zira limited şirketin hâlihazırdaki ortakları arasında bir teselsül ilişkisi öngörülmemiştir.⁸⁹ Dolayısıyla, hâlihazırdaki ortaklardan birisi tarafından sorumlu sıfatıyla yapılmış olan amme borcu ödemesi, diğer mevcut ortağın kendi sermaye payı itibarıyla hissesine düşen borcunu azaltmaz. Alacaklı, mezkûr 35. maddenin 2. ve 3. fıkralarındaki (müteselsil sorumluluk) gibi alacağın tamamını bir ortaktan talep edemez.⁹⁰ Hatta doktrinde bir görüş, bir ortak hakkında ödemededen aciz vesikası düzenlendiğinde kamu alacağının bu tutar kadar karşılıksız kalacağını savunmaktadır.⁹¹

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Limited şirketlerin amme borçlarından şirket kanuni temsilcilerinin ve ortaklarının sorumluluklarının karşılaştırılmasını konu alan çalışmamızda, ilk olarak amme alacağı, amme alacaklısı ve amme borç-

⁸⁸ ibid 115.

⁸⁹ Kendisinden ödeme talep edilen ortak, payına düşenden fazlasını ödemeye zorlanamaz. Aksu Özkan, Yargıtay kararları ışığında... s.258.

⁹⁰ Bakmaz, 23.

⁹¹ Mustafa Erdem Can, "Limited Şirketin Kamu Borçlarından Dolayı Ortakların ve Yöneticilerin Sorumluluğu" *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 7, S.1, s. 71. Jurix.com. E.T: 20/03/2024. Aksu Özkan'a göre bu durum ancak kanuni temsilcilerin de takip edilip amme alacağının tahsil edilemediği durumlarda gerçekleşir Aksu Özkan, Danıştay... s.17

lusu kavramlarına, limited şirket kanuni temsilcilerinin ve ortaklarının tanımına yer verilmiş, müteakiben bu limited şirket ortaklarının ve kanuni temsilcilerinin amme borcundan doğan sorumlulukları yalnızca 213 sayılı VUK'un 10. maddesi ile 6183 sayılı Kanun'un 35. ve mükerrer 35. maddesi çerçevesinde karşılaştırılmıştır.

Bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulan; esas sermayesi belirli olan ve bu sermaye esas sermaye paylarının toplamından oluşan şirket olarak tanımlanan limited şirketin, amme borçlarından sorumlu tutulan ve kendi borcundan dolayı amme borçlusu sıfatını kazananlardan ikisi kanuni temsilciler ve şirket ortaklarıdır. Kanuni temsilcilerin ve ortakların bu amme borcundan sorumlu tutulabilmesi için hiç kuşkusuz amme alacağının hukuka uygun olarak doğmuş ve terkin ve ön ödeme gibi yöntemlerden biriyle (zamanaşımı halinde borçlu tarafından zamanaşımı def'i kullanılması suretiyle) ortadan kalkmamış olması gerekmektedir.

Hukuka uygun olarak doğmuş bir amme alacağı varsa eğer, yapılması gereken amme alacağının niteliğini tespit etmektir. Kanuni temsilcilerinin sorumluluğu adına, Amme alacağı eğer vergi ve bunlara bağlı olan gecikme faizi, tecil faizi ve gecikme zammından doğan borçlarına ilişkin ise -ve Gümrük idareleri tarafından alınan vergi ve resimlere ilişkin değilse- özel *kanun* niteliğini haiz olduğundan VUK'un 10. maddesi uygulanacak; amme alacağı bu alacakların ve sosyal sigorta primleri dışında bir amme alacağıysa *genel kanun* olan 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Limited şirket ortaklarının amme alacaklarından doğan sorumluluğunda ise 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesi uygulanır.

VUK'un 10. maddesi, kanuni temsilcilerinin ancak vergi ödevlerini yerine getirmediği durumda uygulama alanı bulabilir. Bu yönde VUK'un 10. maddesindeki sorumluluk rejimi doktrindeki bazı görüşlere göre kusurlu, bazı görüşlere göre ise kusursuz sorumluluk öngörülmektedir. 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesindeki ve mükerrer 35. maddesindeki sorumluluk türü ise kusursuz sorumluluk olup burada amme alacağının limited şirketten tahsil edilememiş olması yeterlidir.

Her üç kanun düzenlemesindeki sorumluluk rejimi de fer'i sorumluluk biçimidir. Fakat VUK'un 10. maddesi uyarınca kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidebilmek adına vergi ve buna bağlı ala-

çağın şirketten tamamen veya kısmen alınamaması, dolayısıyla bir "imkânsızlık" hali söz konusuysa; 6183 sayılı Kanun'un 35. ve mükerrer 35. maddeleri gereği amme alacağının şirketten "tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması" da yeterlidir. Şu hâlde, VUK'un 10. maddesi kanuni temsilciler adına daha lehe bir düzenlemedir.

Kanuni temsilciler amme alacağından tüm malvarlığıyla sınırsız sorumluyken, limited şirket ortakları amme alacağından ancak sermaye payları oranında, tüm malvarlığıyla sınırsız sorumludur. Yine her üç sorumluluk rejiminde de kanuni temsilciler veya ortaklar ödedikleri amme borcunu şirkete rücu edebilirler.

Kanuni temsilciler, VUK'un 10. maddesi gereği yalnızca kendi dönemleri içinde yerine getirilmeyen vergi ödevi nedeniyle doğan vergi ve vergiye bağlı alacağa dayanan amme borcundan; 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesine göre ise yalnızca görev yaptıkları dönemlerde yapılan iş ve işlemlerden sorumludur. 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesine göre ise limited şirket ortakları yalnızca pay sahibi oldukları dönemden sorumlu olsalar da, payı devreden ve devralan şahıslar devir öncesine ait amme alacaklarından müteselsil sorumlu olurlar. Belirtmemiz gerekir ki, 11.12.2018 tarih, E.2013/1, K.2018/1 sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme kararıyla tahsil idaresinin kanuni temsilciye veya şirket ortağının sorumluluğuna gitmekte takdir hakkı bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere, mer'î mevzuatta bulunan düzenlemeler oldukça farklılık arz etmekte olup vergi mükellefleri ve sorumlulukları fer'î olan kanuni temsilciler ve şirket ortakları, tafisi mümkün olmayan hak kayıplarına uğramamak adına öncelikle amme borcunun niteliğini doğru tespit etmeli, amme borcundan dolayı önce limited şirkete gidilmesi sağlanmalı, amme borcunun limited şirketten tahsil edilemeyeceği açıkça ortaya koyulmalı, kusurlu-kusursuz ve müşterek-müteselsil sorumluluk ve rücu mekanizmaları kullanılmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Ayaz Eslem, Limited Şirketlerde Kanuni Temsilci ve Ortakların Vergisel Sorumlulukları, Seçkin Yayınevi, 2013.
- Çakır Erdem Utku, Amme Alacağının Tahsiline Engel Olma Suçu, Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021.

- Candan Turgut, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, Mali Akademi, 2007.
- Çelik Binnur, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, On İki Levha, 2018.
- Özkan Gonca, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Güngör Mert, Anonim ve Limited Şirketlerde Kanuni Temsilcinin Vergi Hukukundaki Sorumluluğunun 5766 sayılı Kanun Açısından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.
- Karahanlı Melike, Limited Şirketlerde Kanuni Temsilcilerin ve Ortakların Amme Alacaklarından Doğan Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, 2022.
- Kocahanoğlu Osman Selim, Gerekçeli Açıklamalı Türk Vergi Kanunları, 13. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1998.
- Kozanoğlu Gonca, Türk İdare Hukukunda Doğal Afetler Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Birinci baskı, 2020.
- Köroğlu Ömer Alper, Yargı Kararları Işığında Anonim ve Limited Şirketlerde Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 13. Baskı, 2015.
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, 2017.
- Silahşör Mert, Sermaye Şirket Yönetimi ve Ortaklarının Kamu Alacağından Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Şener Oruç Hami, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2017.
- Tekinalp Ünal, Sermaye Ortaklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2020.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, 2022.

Makaleler

- Bakmaz Zübeyir, "Limited Şirket Vergi Borçlarının Ödenmesinde Ortakların Sorumluluğu", *Uluslararası Sosyal, Siyasal ve Mali Araştırmalar Dergisi (USSMAD)*, 2022, C.2, S.1, s.12-33.
- Budak Tamer/Er Selami, "Limited Şirket Ortaklarının Kamu Alacağına İlişkin Sorumluluklarının Değerlendirilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C.4, S.2, s.75-104.
- Can Erdem Mustafa, "Limited Şirketin Kamu Borçlarından Dolayı Ortakların ve Yöneticilerin Sorumluluğu" *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 7, S.1, s.61-80. Jurix.com.
- Çelik Binnur, "Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Limited Şirket Ortaklarının Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 2000, S.4, 121-126.
- Geçer Ahmet Emrah, "Kanuni Temsilcilerin Amme Borçlarından Sorumluluğu: Kusurlu Sorumluluk v. Kusursuz Sorumluluk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, s.129, s.107-135.

- Kaya İlknur, "Limited Şirket Ortağının Kamu Borçlarından Sorumluluğu ve Danıştay'ın 2013/1 E. ve 2018/1 K sayılı İBK Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", *Anadolu Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C.5,S.1, s.133-152.
- Organ İbrahim/Ceyhan Cansu Sevinç, "Anonim ve Limited Şirketler Özelinde Ortaklar ile Kanuni Temsilcilerin Vergi Borçlarından Doğan Sorumlulukları", *Maliye Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2019, S.177, s. 402-421.
- Özkan Aksu Raziye, "Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 26.06.2019 tarihli ve E: 2013/1, K: 2018/1 Sayılı Kararı Işığında Limited Şirketlerde Kamu Borçlarından Doğan Sorumluluğun İncelenmesi", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2020, C.6, S.1, s.14.
- Özkan Aksu Raziye, "Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirkette Pay Devrinin Ortağın Kamu Borçlarına Etkisi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C.10, S.1, s.226-267.
- Yanlı Veliye, "Limited Şirketlerin Amme Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu", *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan*, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1999
- Yerlikaya Gökhan Kürşat, "Türk Vergi İcra Hukukunda Devlet Kavramının Niteliği ve İşlevi", *İstanbul Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 6, S.2,243-252.

İnternet Kaynakları

- AYM Kararları Bilgi Bankası <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>
- Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi, <https://www.mevzuat.gov.tr/>
- Kazancı Mevzuat, <http://kazanci.com.tr>
- Lexpera Mevzuat, <https://www.lexpera.com.tr>
- YÖKTEZ, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>
- DergiPark, <https://dergipark.org.tr/>

İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ MOBİNG NEDENİYLE FESİH HAKKI

THE RIGHT OF EMPLOYEE TO TERMINATE THE EMPLOYMENT CONTRACT DUE TO MOBING

Alptekin Burak BOYDAK*

Özet: Son yıllarda işçi ve işveren arasındaki çalışma barışını tehdit eden en önemli unsurlardan biri olarak işyerinde mobbing (psikolojik taciz) olgusu karşımıza çıkmaktadır. Mobbing kavramının sebep ve sonuçları itibarıyla doğru bir değerlendirmeye tabi tutulması ise kavramın içeriğindeki hukuki ve psikolojik unsurlar değerlendirilerek disiplinlerarası bir bakış açısını gerektirmektedir. **İşçiyi manevi açıdan çalışamaz hale getiren bu psikolojik hal karşısında işçinin iş sözleşmesinin fesih hakkının incelenmesi de önemli ve gereklidir.** Bu itibarla çalışmamızda işyerinde psikolojik taciz olgusu hukuki açıdan bir tetkike tabi tutulup, **çalışma barışını tehdit eden bu olguyla ilgili** olarak, işçi tarafından iş sözleşmesinin feshi hali için **iş hukuku**, yargı kararları ve diğer teknik veriler ışığında görüş ve önerilerimiz sunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Psikolojik Taciz, Çalışma Barışı, İşçi ve İşveren

Abstract: In recent years, the phenomenon of mobbing (psychological harassment) in the workplace has emerged as one of the most important factors threatening the labor peace between the employee and the employer. The correct evaluation of the concept of mobbing in terms of its causes and consequences requires an interdisciplinary perspective by evaluating the legal and psychological elements in the content of the concept. It is also important and necessary to examine the employee's right to terminate the employment contract in the face of this psychological state that renders the worker morally incapable of working. In this respect, in our study, the phenomenon of psychological harassment in the workplace has been subjected to a legal examination and our opinions and suggestions have been tried to be presented in the light of labor law, judicial decisions and other technical data regarding the

* Av. Dr., İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Hukuk Müşavirliği, alptekin_burakb@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-9136-4621, Makalenin Gönderim Tarihi: 12.02.2024, Kabul Tarihi: 06.04.2024

termination of the employment contract by the employee regarding this phenomenon that threatens the work peace.

Keywords: Psychological Harassment, Work Peace, Worker And Employer

GİRİŞ

Çalışma hayatında son yıllarda en çok duyduğumuz kavramlardan biri üzülmektedir ki mobbingdir. Halbuki gerek bireylerin gerekse toplumun hedeflediği ve en çok ihtiyaç duyduğu alanlardan biri ise çalışma barışının bir başka deyişle iş yaşamında huzurun tesisidir. Bu hedef için ağır ve yoğun bir tehdit oluşturan mobbing olgusu mikro ölçekte gününün önemli bir kısmının işyerinde geçiren işçi için makro ölçekte ise toplum için irdelenmesi gereken bir unsur olarak öne çıkar.

Mobbing ya da psikolojik taciz bir çok işçi açısından sürekli dile getirilen bir olgu olmasına rağmen işçiyi koruma ilkesi ile şekillenen ve bu kapsamda çoğunlukla işçi lehine sonuçlanan iş yargısında dahi gerek kavramın psikolojik ve hukuki açıdan netleşme sorunu gerekse ispat sorunu gibi nedenlerle diğer işçilik davalarının aksine işçi aleyhine sonuçlanabilecek bir hukuki uyumsuzluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim konuyla ilgili yapılan bir çalışmada 2010-2015 yılları arasında mobbing iddiası içeren 221 davadan sadece 54'ünde manevi tazminat talebinde bulunulmuş, bunlardan da yalnızca 11'i manevi tazminat talebinin kabulü ile sonuçlandığı tespit edilmiştir.¹

Bu durum ise bize öncelikle mobbingin doğru bir kavramsal analizinin yapılmasını bu durumun sebeplerinin anlaşılacak konunun işçi ve işveren arasındaki adil denge gözetilerek doğru bir zeminde çözülebileceğini göstermektedir.

I. KAVRAM VE UNSURLAR

A. Kavram

Kavrama etimolojik olarak baktığımızda kalabalık, sürü ve grup gibi anlamları ifade eden "mob" kelimesinden "rahatsız etme" kavra-

¹ Ahmet Taşkın, "Mobbing Davalarında İspat Sorunu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. XX, S. 2, s. 392.

mı oluşturulmuş² bunun sistematik hale gelmesi de “mobbing” olarak yani süregelen rahatsız edilme hali olarak nitelenmiştir.³

İsveçli endüstri psikoloğu H. Leymann tarafından çalışanlar arasında süregelen benzer tipte hasmane davranışların incelenmesi sonucu çalışma yaşamında mobbing kavramı bir olgu olarak yer bulmaya başlamıştır.⁴ Öğretide de mobbing; işyeri gibi bir topluluk içerisinde aynı yazgıyı paylaşan iki kişiden birinin diğerine uyguladığı psikolojik şiddet veya terör olarak tanımlanmıştır.⁵ Çalışma psikolojisi yönüyle de çalışanların birbirilerine yönelik rahatsız ve husursuz edici eylemlerde bulunması “mobbing” olarak nitelenmektedir.⁶

İşyerinde psikolojik taciz süreci, çalışanların, işveren veya yöneticiler ya da meslektaşları tarafından sistematik olarak psikolojik şiddet içeren zarar verici nitelikteki olumsuz davranışlara maruz kalmasıyla başlamaktadır.⁷ Bununla birlikte, çalışan ile doğrudan iletişimi reddetmekten, kişiyi baskı altına almak, devamlı denetlemek ve nihayetinde işveren ile işçi arasında tamamen iletişim kopukluğuna neden olan bir süreç psikolojik tacizde görülmektedir.⁸

Ülkemizdeki hukuk uygulamasına ve öğretisine bakıldığında yabancı kökenli “mobbing” kavramının “işyerinde psikolojik taciz” kavramı ile çevrilerek dile getirildiği müşahede edilmektedir; nitekim mobbing olgusunda işçiye bir taciz uygulanmakla birlikte bu taciz öğretilerde belirtildiği üzere fiziksel bir taciz olmaktan ziyade, muhatabına

² M.France Hirigoyen, Manevi Taciz (Günlük Hayatta Sapkın Şiddet), İletişim Yayınları, 2021, s. 69.

³ Ayrıntılı etimolojik köken için ayrıca bkz. , Gülnur Erdoğan, “Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz)”, *TBB Dergisi*, Sayı 83, 2009, s. 318-352.

⁴ Lerzan Erkan, “Mobbing (Psikolojik Taciz)’in Önlenmesi İçin Neler Yapılmalı”, *Çimento İşveren*, C. 36, S. 6, Kasım 2022, s. 21. Sabahattin Şen, “Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu”, *Çimento İşveren*, Eylül 2009, s. 47.

⁵ Ali Güzel/Emre Ertan, “İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış:Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, *LİSGHD*, 2007, S. 14, s. 511.

⁶ Pınar Tınaz, “Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz”, *Çalışma ve Toplum*, 2006/3, s. 12.

⁷ Nuray Gökçek Karaca, “AB Ülkelerinde İşyerinde Psikolojik Tacizin Boyutları, Psikolojik Tacizle Mücadele ve Bu Mücadelede Sendikaların Rolü”, *Çimento İşveren*, Eylül 2009, s. 27.

⁸ M.France Hirigoyen , Manevi Taciz, s. 70.

karşı hakeretamiz bir yönü olan ve muhatabını dışlayan ve hedefi o kişinin psikolojisini bozmaya yönelik olan bir taciz türüdür.⁹

Konuyla ilgili yargı kararları incelendiğinde; bir kişinin hukuken psikolojik tacize maruz kaldığının söylenilebilmesi için; kişiye karşı kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre devam eden, kişiliğin ve saygınlığının zedelenmesine yol açacak eylemlerin varlığı gerekmektedir.¹⁰ Uluslararası Çalışma Örgütü de psikolojik tacizi, müteaddit defalar yapılmak suretiyle, bir veya bir grup işçiyi sabote etmek veya baltalamak için icra edilen, zalimce, kötü niyetli, kinci, aşağılayıcı ve eleştirel tavırlarla kendini gösteren hareket olarak tanımlamaktadır.¹¹

Yüksek Mahkeme bir kararında “İşyerinde mobbing, belirli kişi ya da kişilerin zarar verici söz, tutum ve davranışlarına maruz kalınmasıyla başlayan yıldırma, yıpratma, sindirme, bıktırma ve belli şekilde davranmaya mecbur bırakma sürecini içermektedir. Bu sürecin başından sonuna kadar hedef alınan kişi veya kişilere sistemli bir şekilde psikolojik, duygusal ve sosyal saldırı gerçekleştirilmektedir. Hedef alınan kişinin şeref, kişilik, karakter, inanç, değer, yetenek, tecrübe, düşünce, tercih, yaşam biçimi ve kültür gibi yönlerine topluca bir saldırı söz konusudur. Bu saldırı, dedikodu ve söylenti çıkarma, iftira atma, çalışanlar önünde küçük düşürme, hafife alma, karalama, kötüleme ve yok sayma gibi kişiyi zihinsel, ruhsal, fiziksel ve bedensel olarak etkileyebilecek eylemlerle yapılmaktadır. ... Mobbingi; stres, tükenmişlik sendromu, işyeri kabalığı, iş tatminsizliği ya da doyumсуuzluğu gibi olgulardan ayıran husus, belli kişinin belli bir amaca yönelik olarak hedef alınması, yapılan haksızlığın sürekli, sistematik ve sık oluşudur. Süreklilik göstermeyen, belli aralıklarla sık sık tekrarlanmayan, ara sıra münferit olarak meydana gelmiş birkaç haksız, kaba, nezaketsiz

⁹ Arzu Aslan Ertürk, “İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s. 289.

¹⁰ Konuyla ilgili makalede, Türkiye’de yargı kararlarında mobbing kavramının “işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışan ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. davranışları içermektedir” şeklinde ilk kez Ankara 8. İş Mahkemesi’nin 20.12.2006 tarih 2006/19 E. ve 2006/625 K. sayılı ilamında yer aldığı belirtilmektedir. S. Yunus Lokmanoğlu, “İşyerinde Psikolojik Taciz”, *TAAD*, Yıl:7, Sayı:30 (Nisan 2017) s. 381.

¹¹ ILO, Work-related violence and its integration into existing surveys, 19th International Conference of Labour Statisticians Geneva, 2-11 October 2013, s. 15.

veya etik dışı davranış mobing olarak nitelendirilemez.”¹² içtihadıyla hangi psikolojik ve maddi eylemlerin mobbinge götüreceği noktasında genel bir çerçeve çizmiştir.

B. Unsurlar

Konuyla ilgili tanımlar ve yargı kararları tetkik edildiğinde bir olayda psikolojik tacizden bahsedebilmek için işçiyi yıldırma amacını taşıyan davranışların varlığı olarak “sebepl unsuru” ile bu davranışların belirli bir süreye yayılarak sistematik olarak gerçekleşmesi bağlamında “zaman unsuru” olmak üzere iki temel unsurdan bahsetmek gereklidir.

1. Sebepl Unsuru

Yargıtay bir kararında sebepl unsurunun varlığını ve yıldırma amacının nasıl olabileceğini, “Aynı ortamda bulunan veya aynı organizasyona bağlı olan bir veya birden fazla kimsenin, bir kişiye belli bir amaçla, sistematik bir şekilde, yıldınlık, korku, tedirginlik, endişe, bunalım, bıkkınlık, sıkıntı veya kaygı oluşturacak söz, tutum veya davranışlarla psikolojik ve duygusal baskı kurarak onu belli şekilde davranmaya ya da davranmamaya, ortak alandan uzaklaştırmaya, güçsüzleştirmeye, değersizleştirmeye, aşağılamaya, küçük düşürmeye veya pasifize etmeye yönelik çabalarına mobbing denilir”.¹³ tanımıyla ifade etmiştir. Mobbing kavramı çalışma psikolojisini ilgilendiren bir kavram olması hasebiyle mobbing olgusunda işverenin ya da ona bağlı bir başka kişinin işçi üzerinde kurduğu psikolojik bir yıldırma politikası söz konusudur. Bu politikanın vasıtaları ise yıldınlık, korku, tedirginlik, endişe, bunalım, bıkkınlık, sıkıntı veya kaygı oluşturacak söz, tutum veya davranışlardır. Yine karardan da anlaşılacağı üzere psikolojik taciz doğrudan işverenden gelebileceği gibi o işverene bağlı bir veya birden fazla kimse tarafından da gerçekleştirilebilecektir.

2. Zaman Unsuru

Psikolojik tacizin bir diğer şartı ise zaman unsurudur. Belirli bir zaman dilimi içerisinde söz konusu yıldırıcı davranışların sistema-

¹² Y. 22. H.D., T. 08.07.2020, E. 2017/6719 K. 2020/9153, www.yargitay.gov.tr

¹³ Y. 9. H.D., T. 02.11.2020, E. 2017/17931, K. 2020/14104, www.yargitay.gov.tr

konumuna, muamelelerin süresine, sıklığına, kim ya da kimler tarafından gerçekleştirildiğine, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumuna kadar birçok faktöre göre değişebilmektedir (AYM, Fecir Ergün Turan kararı, para.50). Görüldüğü üzere, bir eylemin psikolojik taciz olarak kabul edilebilmesi için, bir işçinin hedef alınarak gerçekleştirilmesi, belli bir süreye yayılması ve bu durumun sistematik bir hâl alması gerekir. Belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Psikolojik tacizin nedenleri farklılık göstermesine karşın amaç, çoğu kez işçinin işyerinden ayrılmasını sağlamaktır” ifadelerine yer verilerek sistematik olarak belirli bir süre devam eden yıldırıcı davranışların aynı zamanda bir zarar neden olması gerekliliğinin de arandığı görülmektedir.¹⁶

Öğretide, psikolojik taciz olarak nitelendirilmesi için saldırıya uğrayan işçinin bundan zarar görmesinin gerekip gerekmediği üzerinde tanımlarda tam bir fikir birliği olmamasına rağmen, “işçinin psikolojik olarak etkilenmediği veya etkilenmeyeceği durumlarda davranışların taciz olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacağından, saldırganın bu davranışlarla manevi değerlerinin zarar görmeye başlamış olması da unsurlardan biri kabul edilmelidir”¹⁷ perspektifine ilişkin zarar şartı bağlamındaki görüşe iştirak etmekteyiz.

II. İLGİLİ DÜZENLEMELER

Mobbing konusunda işçiyi koruyucu hükümler gerek ulusal gerekse uluslararası mevzuatta görülmektedir. Uluslararası düzenlemelere bakıldığında bu anlamda zikredilmesi gerekenlerden biri İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 164 numaralı Öneridir. İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 164 numaralı Öneri'nin 3/e bendinde, 155 nolu Sözleşme'nin 4. Maddesi çerçevesinde taraf devletleri “çalışanları iş koşullarından kaynaklanan fiziksel ya da zihinsel tehlikelere karşı korumakla” yükümlü kılmıştır.¹⁸ Av-

¹⁶ YHGK, T. 04.10.2018, E. 2015/2274, K. 2018/1428, , www.yargitay.gov.tr

¹⁷ S. Alp Limoncuoğlu, “İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı”, Karar İncelemesi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt: 15, s.547-571 (Basım Yılı: 2014), s. 524-525

¹⁸ Ece Göztepe Çelebi, “Anayasa Mahkemesi'nin “Mobbing” Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, 32 (2015) , s. 329-330.

rupa Konseyi Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesi Gözden geçirilmiş Sosyal Şart'ın 26. maddesinde de tüm çalışanların onurlu çalışma hakkına sahip olduğu belirtilerek şarta taraf olanlar tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak, çalışanların işyerinde ya da işle bağlantılı cinsel taciz konusunda bilinçlenmesi, bilgilendirilmesi ve bunun engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı ve çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilendirilmesi ile bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri alma taahhüdüne girmişlerdir.¹⁹ Burada ayrıca ILO'nun 190 sayılı Şiddet ve Taciz Sözleşmesinin de zikredilmesi yerinde olacaktır. Sözleşmede, insan onuruna yakışır çalışma koşullarının sağlanması adına işyerinde şiddet ve tacizle mücadelenin önemini vurgulamak suretiyle insan onuruna yakışır çalışma koşullarının sağlanması adına barışçıl bir çalışma ortamının oluşturulması; işçinin ve yakınlarının ruhsal, fiziki ve cinsel sağlıklarının gözetilmesi hususu ilk elde göze çarpan noktalardır.²⁰

İç hukukumuza baktığımızda konuyla ilgili normatif hükmün Türk Borçlar Kanununda düzenlendiği görülmektedir. TBK'nın 417. maddesinde "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik²¹ ve cinsel tacize uğrammaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür". hükmüne yer verilerek, işverenin yükümlülükleri arasında sayılan işçiyi psikolojik tacize karşı

¹⁹ Gülnur Erdoğan; Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz), *TBB Dergisi*, 2009, Sayı 83, s. 318-352, s. 343.

²⁰ Seher Demirkaya/Ceyhan Güler, Çalışma Yaşamında İşçinin Kişilik Haklarının Korunması Bağlamında ILO'nun 190 sayılı Şiddet ve Taciz Sözleşmesinin Değerlendirilmesi, *Çalışma ve Toplum*, 2021/4, s. 2778.

²¹ Mevzuatımızda psikolojik tacizin tanımının yapılmamış olmasının kanun tekniği açısından yerinde olmadığı haklı olarak tenkit edilmiştir. (Bkz. Namık Hüseyinli/Hatice Aslan Atabay, "Psikolojik Tacizin İçtihatlar Işığında Uygulamadaki Yeri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:8 Sayı:2 Yıl 2017, s. 607.

koruma yükümlülüğü normatif bir hal almıştır.²² Görüleceği üzere işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında; işçinin kişiliğini korumak²³ ve saygı göstermek, işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamak, işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almak ve işçiyeye ait kişisel verileri korumak işverene kanunun yüklediği sorumluluklar demeti olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁴

İşverenin kendisine yönelik sorumluluklarına aykırı davranması halinde işçinin hukuken korunacağı ve tazminat talepleri ile karşı karşıya kalacağı bilinmektedir.

III. MOBBİNG NEDENİYLE İŞÇİNİN FESİH HAKKI :

Mobbing nedeniyle işçinin fesih hakkı denilince ilk elde incelenmesi gereken husus, psikolojik taciz olgusunun işçi açısından iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı tanıyıp tanımadığıdır.

Haklı nedenle fesih hakkı 4857 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile 6098 sayılı Kanun'un 435. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Söz konusu 435. maddede, "Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır" hükmü düzenlenmiş, 4857 sayılı Kanun'un 24. maddesinde ise maddede belirtilen sağlık sebepleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ile zorlayıcı sebepleri işçi açısından sözleşmenin feshinde haklı nedenler olarak zikredilmiştir. Söz konusu sebepler tetkik edildiğinde mobbing kavramına en uygun hallerin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri olduğu görülmektedir.

²² Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 35. Baskı, 2022, s. 357.

²³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Özveri, İşçinin İş İlişkisinde Kişilik Haklarının Korunması: Mobbing ve Yargı Kararları, (2023), *Çalışma ve Toplum*, Cilt 4, Sayı 79, 2023, 3255 - 3296

²⁴ A. Burak Boydak, Kamu Kuruluşlarının İşçilik Haklarından Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, 2017, s.45.

Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri arasında zikredilen, 4857 sayılı İş Kanun'unun 24/1-b maddesinde; "İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunması" işçi açısından iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih hallerinden biri olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar bu maddede psikolojik tacizle ilgili doğrudan bir ifade olmasa da "işçinin şeref ve namusuna dokunacak sözler ve davranışlar" ifadesinin içerisine psikolojik tacizin de girmesi maddenin ruhuna uygun bir yorum olacaktır.²⁵ Bu nedenle kişinin sistematik olarak saygınlığını zedeleyecek davranışların vukuunda işçinin haklı nedenle iş sözleşmesinin feshedebileceğinin kabulü gerekmektedir.

Yine, 4857 sayılı Kanun'unun 24/1-c maddesinde belirtilen durumlar içerisinde, işverenin işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı satışmada bulunması veya gözdağı vermesi, yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirilmesi, kışkırtması, sürüklemesi, yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunması halleri de haklı nedenle fesih halleri arasında düzenlenmiş olduğu gözetildiğinde; bu hallere benzer hallerin sistematik olarak ve işçinin manevi dünyasını yıpratıcı bir biçimde gerçekleştirilmesi halinde mobbingin varlığı ve haklı nedenle fesih halinin varlığının kabulü gerekecektir.²⁶

Bu noktada Yargıtay'ın verdiği kararda;²⁷ "Mobbingin varlığı için kişilik haklarının ağır şekilde ihlaline gerek yoktur. Kişilik haklarına yönelik bir haksızlığın varlığı yeterlidir. Ayrıca, mobbing gibi diğer dava türlerine göre ispatı nispeten daha zor olan bir konuda, kesin ve mutlak bir ispat şartı aranmamalıdır. İşçinin, kendisine işyerinde

²⁵ Aynı yönde, bkz. Fuat Bayram, Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), *LİSGHD*, 2007, S. 14, s. 564.

²⁶ Aynı yönde, S. Alp Limoncuoğlu, "İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı", Karar İncelemesi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt: 15, Özel S., s.547-571 (Basım Yılı: 2014), s. 560-561, Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Beta, 22. Baskı, 2022, s. 417. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, Beta, 35. Baskı, 2022, s. 363, Didem Yardımcıoğlu, "Türk İş Hukuku'nda İşyerinde Şiddet ve Uygulanacak Hukuki Yaptırımlar", *International Journal of Social And Humanities Sciences*, Cilt 2, Sayı 2, 2018, 144 - 160, s. 154.

²⁷ Yargıtay 22. HD, 2015/11958 E., 2016/15623 K., 31.05.2016 T. www.kazanci.com

mobbing uygulandığına dair kuşku uyandıracak olguları ileri sürmesi yeterlidir. İşyerinde mobbingin varlığını gösteren olguların mahkemeye sunulması halinde, işyerinde mobbingin gerçekleşmediğini ispat külfetinin işverene düştüğü kabul edilmelidir. Somut olayda, davacı işçi, 21.3.2007-22.8.2012 tarihleri arasında, en son, uzman (baş proje direktörü) ünvanıyla çalışmış, iş sözleşmesi mobbing uygulandığı iddiasıyla işçi tarafından feshedilmiştir. ... Dosya kapsamındaki delillerin birlikte değerlendirilmesi neticesinde, işçi uzmanlığına ve İstanbul işyerinin önemine vurgu yapılarak, işçinin Ankara'dan İstanbul'a süresiz görevlendirildiği, ancak yeni görev yerinde, tecrübesine ve işyerindeki pozisyonuna uygun şekilde görev verilmeyerek pasifize edildiği, işyerinde işe yaramayan personel algısının oluşturulduğu ve bu suretle davacı işçiye, kendi isteğiyle işten ayrılmasını sağlamak amacıyla mobbing uygulanmış olduğu anlaşılmaktadır. Mobbinge maruz kalan davacı işçi, iş sözleşmesini feshetmiştir. Bu halde, işçinin kıdem tazminatına hak kazandığı sabittir. İhbar tazminatı talebine gelince, her ne kadar fesih işçi tarafından yapılmış ise de, işverenin uyguladığı mobbing sonucu işçinin iradesinin feshe yönlendirildiği sabit olduğundan, ihbar tazminatına da hak kazanılmıştır. Mahkemenin, mobbing şartlarının oluşmadığına yönelik gerekçesi isabetsiz ise de, kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının hüküm altına alınması, sonuç itibarıyla doğru görülmüştür." ifadeleriyle mobbing nedeni ile işçi tarafından yapılan fesih işlemi haklı nedenle fesih saymış ve kıdem ile ihbar tazminatına hükmedilmesi gerektiği içtihadına varmıştır.

6631 sayılı Kanun'un 13/4. maddesinin ilk cümlesinde, "İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir" hükmüne yer verilmiş olması karşısında iş sağlığı ve güvenliği bakımından psikolojik taciz halinin işçinin işini sağlık ve güvenlik içinde icrasına engel olacak bir hal alması ve işverenin bununla ilgili gerekli önlemleri almaması halinde 6331 sayılı Kanun'daki prosedür²⁸ dahilinde bu durum da işçi açısından iş sözleşmesinin

²⁸ 6331 sayılı Kanun'un 13. maddesi kapsamında işçi, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya olduğu kanaatıyla iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebileceğin-

haklı nedenle fesih hali olarak değerlendirilebilecektir.²⁹ Bu noktada akla gelebilecek bir soru; işyerinde çalışan diğer işçi tarafından gerçekleşen psikolojik taciz halinin mağdur işçi tarafından haklı nedenle fesih hali olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerine aykırılık nedeniyle gerçekleşecek fesihlerde yukarıda verilen soruya olumlu yanıt verilebilecek iken 4857 sayılı Kanun'un 24. maddesinin 24/1-b ve 24/1-c maddelerinde salt işverenden bahsedildiği için işveren veya onu temsile yetkili kişi haricindeki kimseler tarafından yapılacak eylemler maddenin kapsamına girmediği için verilecek yanıt olumsuz olacaktır.³⁰

IV. İSPAT SORUNU

Psikolojik taciz iş hukukunda işçi açısından ispatı en zor alanlardan birini oluşturmaktadır. Zira mobbing, maddi olgulardan ziyade manevi olgulara yönelik bir saldırı hali olduğundan diğer işçilik taleplerine nazaran ispatı hayli zor olmaktadır. Bu zorluk, yargı organlarını ispat noktasında farklı yaklaşımlar benimsemek durumunda bırakmıştır.

İspat noktasında Yargıtay'ın bir kararında, "... Her ne kadar psikolojik tacize uğradığını iddia eden mağdur, bu iddiasını ispatlamakla yükümlü ise de; psikolojik tacizin genellikle tacizi uygulayan ile tacize maruz kalan arasında gerçekleşen bir olgu olması karşısında olayların tipik akışı, tecrübe kuralları göz önüne alınarak sonuca gidilmesinde yarar bulunmaktadır. Yaklaşık ispat olarak adlandırılan bu yaklaşım tarzı işin doğasına da uygundur. İş Hukukunda ispat kurallarının es-

den işyerinde psikolojik taciz konusundaki bu talebinin gereğinin yerine gelmesi hali işçiye fesih hakkı verecektir. (Gül Gün/Burcu Gün Evin, "Mobbingin Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Journal Entrepreneurship and Management Inquiries Dergisi*, C. 3, S. 4, s. 101 ve aynı sayfada belirtilen kaynaklar).

²⁹ Burcu Savaş Kutsal, "Yargıtay Kararları Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing)", *İÜHFİM*, 2016, C. 74, S. 2, s. 637, Ayrıca bkz. Limoncuoğlu, "İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı", s. 561.

³⁰ S. Alp Limoncuoğlu, "İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı", *Karar İncelemesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Özel S., 2013, s.547-571 (Basım Yılı: 2014), s. 561. Burcu Savaş Kutsal, Yargıtay Kararları Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing), *İÜHFİM*, 2016, C. 74, S. 2, s. 637.

nekleştirildiği bazı düzenlemeler de bulunmaktadır. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5'inci maddesinin son fıkrasında belirtildiği üzere işçi, işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığını güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlüdür. Aynı şekilde 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesinin yedinci fıkrasında fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlü olduğu, ancak işçinin sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması hâlinde işverenin davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olacağı açıkça düzenlenmiştir." ifadelerine yer vermek suretiyle somut olayın safahatı ve tecrübe kuralları bir bütün olarak değerlendirildiğinde işçinin yaklaşık ispat olarak değerlendirilebilecek emareler ortaya koyması halinde artık işverenin bunun aksini iddia etmesi gerektiği noktasında bir yaklaşımın benimsendiğini söyleyebiliriz.³¹

Yüksek Mahkeme kararlarında her ne kadar tam anlamıyla bir istikrar olduğu söylenemese de kimi kararlarda mobbingin varlığının ispatı noktasında kesin ağırlıkta deliller aranmadığı; davacının bu olguyu öne sürüp davalının davranışlarının ve eldeki delillerin psikolojik tacizin varlığı noktasında karine oluşturduğu durumlarda davacı lehine karar verilebildiği görülmektedir. Nitekim bu noktada yüksek mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta; "Mobbingin varlığı için kişilik haklarının ağır şekilde ihlaline gerek olmadığı, kişilik haklarına yönelik haksızlığın yeterli olduğu, ayrıca mobbing iddialarında şüpheden uzak kesin deliller aranmayacağı; davacı işçinin, kendisine işyerinde mobbing uygulandığına dair kuşku uyandıracak olguların ileri sürmesinin yeterli olduğu, işyerinde mobbing gerçekleşmediğini ispat külfetinin davalıya düştüğü; tanık beyanları, sağlık raporları, bilirkişi raporu, kamera kayıtları ve diğer tüm deliller değerlendirildiğinde mobbing iddiasının yeterli delillerle ispat edildiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"³² ifadeleriyle davacının iddia ettiği psikolojik taciz olgusu bakımından makul bir şüphe oluşturacak vakaları ileri sürmesi halinde ispat yükünün davalıya geçeceğini içtihat

³¹ Y. H. G. K., T. 04.10.2018, E. 2015/2274, K. 2018/1428, , www.yargitay.gov.tr

³² Yargıtay 22. H.D. E. 2013/693 K. 2013/30811 T. 27.12.2013 (www.kazanci.com)

etmiştir.³³ Yine bu kararda çalışanın kişilik haklarına ağır ve yoğun bir müdahalenin mobbing olgusu için şart olmadığı kişilik haklarına yönelik haksızlığın yeterli olduğu hükmüne de varıldığı görülmektedir. Bu çerçevede mobbingini ispatı noktasında birbirini destekleyen delillerin ceza hukukundaki gibi tam anlamıyla ispat aranmadan psikolojik taciz olgusunun kabulüne götüreceğini kabul etmek gerekmektedir.³⁴

SONUÇ

İşçinin maddi anlamda en önemli borçlarından biri olarak ücret ödeme borcu gösteriliyorsa, manevi anlamda en önemli borçlarından biri olarak da işçinin psikolojik tacizlere karşı koruma borcunu zikredebiliriz. Bu manevi borcun ifasında işveren işçiyi aşağılayıcı, küçük düşürücü, iş motivasyonunu kaçırıcı her türlü eylemden kaçınması iş barışının tesisi açısından önemli ve gereklidir.

İşveren işçinin manevi yapısına yönelik bu borcunun gereği gibi ifa etmemesi çalışma barışı açısından ağır ve yoğun bir tehdit oluş-

³³ “Tanıkların, şube müdürü olan davacıya toplantılarda azarlamaya varacak ölçüde küçük düşürücü ifadeler kullanılarak eleştiride bulunulduğunu belirttikleri, davacının bölge müdürü M.K.’ya gönderdiği e-postada, birçok şubeden daha başarılı olmalarına rağmen toplantılarda başarısız olarak gösterilmesi ve personelin önünde başarısız olarak itham edilmesi sebebiyle başka bir şubeye tayini istediği, davacıya “işyerinde sorunlar olduğu için mutsuzluk, düzen bozulması” hikayesi ile “anksiyete bozuklukları, gastrit” tanısı konduğu ve ilaç tedavisi önerildiği, tanık anlatımları, sağlık raporları ve e-posta içerikleri birlikte değerlendirildiğinde; davacı işçinin hedef alınarak uzun bir süreye yayılan ve sistematik hâl alan psikolojik taciz niteliğindeki davranışlara maruz kaldığı sonucuna varılmaktadır. Davacı işçiyi yönelik bu baskıların varlığına ilişkin güçlü olgular karşısında, davalı işveren davacıya psikolojik baskı uygulanmadığını ispat edememiştir. Bu durumda, işçinin iş sözleşmesini haklı sebeple feshettiği anlaşıldığından kıdem tazminatının kabulüne karar verilerek mobbinge bağlı manevi tazminat talebi hakkında da bir değerlendirme yapılması gerekirken yazılı gerekçelerle mobbing iddiasının ispatlanmadığı kabul edilerek kıdem tazminatı ve manevi tazminat taleplerinin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. Y. 9. H. D. T. 15.12.2021, E. 2021/12218 K. 2021/16601, İlçay, Tüysüzoğlu, “Psikolojik Tacize İlişkin Emsal Kararlar” https://www.adaso.org.tr/Content/Files/Sunumlar/2022/3/33c9fd82-341f-43be-8dda0f2292220976_PSI%CC%87KOLOJI%CC%87K%20TACI%CC%87Z%20SLAYT-son%20%20C4%B0lkay%20T%C3%9CYS%20C3%9CZO%20C4%9ELU.pdf.

³⁴ Namık Hüseyinli, Hatice Aslan Atabay, “Psikolojik Tacizin İctihatlar Işığında Uygulamadaki Yeri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8 Sayı:2 Yıl 2017 s. 617.

turacağından ve bu kapsamda işçi açısından iş sözleşmesinin devamı beklenemeyeceğinden işçi açısından mobbinge maruz kalmanın haklı nedenle fesih hali olarak kabulü gerekecektir. Bu bağlamda, İş Kanun'undaki işçi açısından haklı nedenle fesih halleri de buna imkan verecek şekilde geniş yorumlanmalıdır.

Bununla birlikte işçiye yönelik belirli bir zaman dilime yayılmayan ve sistematik olarak tekrar etmeyen her nezaket dışı davranışın da işçi açısından haklı nedenle fesih neden olarak görülemeyeceği de söylenmelidir.

Sistematik olarak devamlı bir psikolojik saldırıya maruz kalan işçinin ispat yükü ise mümkün olduğunca yumuşatılmalı belirli karineler ve hayat tecrübeleri ışığında böyle bir saldırıya işçinin maruz kaldığı kanaati ilk elde uyanıyorsa artık bunun aksini ispatın işverene geçtiği kabul edilmelidir.

Kaynakça

- Aslan Ertürk Arzu, "İş Hukuku Boyutuyla Türkiye'de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, 2014, 285 - 340.
- Bayram Fuat, *Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, LİSGHD, 2007, S. 14
- Boydak Alptekin Burak, *Kamu Kuruluşlarının İşçilik Haklarından Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, 2017.
- Çelik Nuri /Caniklioğlu Nurşen /Canbolat Talat/ Özkaraca Ercüment; *İş Hukuku Dersleri*, Beta, 35. Baskı, 2022.
- Erdoğan Gülnur, "Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz)", *TBB Dergisi*, Sayı 83, 2009, S. 318-352.
- Erkan Lerzan , "Mobbing (Psikolojik Taciz)'in Önlenmesi İçin Neler Yapılmalı", *Çimento İşveren*, C. 36, S. 6, Kasım 2022
- Göztepe Çelebi Ece, "Anayasa Mahkemesi'nin "Mobbing" Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı* 32 (2015) , S. 329-330.
- Gün Gül/ Gün Evin Burcu, "Mobbingin Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Journal Entrepreneurship and Management Inquiries Dergisi*, C. 3, S. 4, 2019.
- Güzel Ali/ Ertan Emre, "İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış;Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk", *LİSGHD*, 2007, S. 14.
- Hirigoyen M.France; *Manevi Taciz (Günlük Hayatta Sapkın Şiddet)*, İletişim Yayınları, 2021.
- Hüseyinli Namık, Aslan Atabay Hatice, "Psikolojik Tacizin İçtihatlar Işığında Uygulamadaki Yeri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2017, Cilt:8 Sayı:2

- Karaca Nuray Gökçe, “AB Ülkelerinde İşyerinde Psikolojik Tacizin Boyutları, Psikolojik Tacizle Mücadele ve Bu Mücadelede Sendikaların Rolü”, Çimento İşveren, Eylül 2009
- Lokmanoğlu S. Yunus, “İşyerinde Psikolojik Taciz”, *TAAD*, Yıl:7, Sayı:30 (Nisan 2017)
- ILO; Work-Related Violence And Its Integration Into Existing Surveys, 19th International Conference Of Labour Statisticians Geneva, 2-11 October 2013.
- Tınaz Pınar, “Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz”, *Çalışma ve Toplum*, 2006/3
- Tüysüzöğlü İlkay, Psikolojik Tacize İlişkin Emsal Kararlar, https://www.adaso.org.tr/Content/Files/Sunumlar/2022/3/33c9fd82-341f-43be-8dda-0f2292220976_PSI%CC%87KOLOJI%CC%87K%20TACI%CC%87Z%20SLAYT-son%20%C4%B0lkay%20T%C3%9CYS%C3%9CZO%C4%9ELU.pdf
- Limoncuoğlu S. Alp, “İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı”, *Karar İncelemesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt: 15, s.547-571.
- Özveri Murat, “İşçinin İş İlişkisinde Kişilik Haklarının Korunması: Mobbing ve Yargı Kararları”, (2023), *Çalışma ve Toplum*, Cilt 4, Sayı 79, 2023, 3255 – 3296
- Taşkın Ahmet, Mobbing Davalarında İspat Sorunu, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. Xx, Y. 2016, Sa. 2.
- Savaş Kutsal Burcu, “Yargıtay Kararları Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing)”, *İÜHFİM*, 2016, C. 74 , S. 2,
- Süzek Sarper, *İş Hukuku*, Beta, 22. Baskı, 2022.
- Şen Sabahattin, “Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu”, Çimento İşveren, Eylül 2009
- Yardımcıoğlu Didem , Türk İş Hukuku’nda işyerinde Şiddet ve Uygulanılacak Hukuki Yaptırımlar, *International Journal of Social And Humanities Sciences*, Cilt 2, Sayı 2, 2018, 144 – 160
- www.yargitay.gov.tr.
- www.kazanci.com

15 TEMMUZ DARBE GİRİŞİMİNİN TOPLUMSAL YANSIMASI: UYGULAMALI BİR ARAŞTIRMA

SOCIAL REFLECTION OF JULY 15 COUP ATTEMPT: AN APPLIED RESEARCH

Giray Saynur DERMAN*
Ali Serdar YÜCEL**
Murat KORKMAZ***

Özet: Araştırma ve uygulamalı olarak gerçekleştirilen; 15 Temmuz 2016 yılında Türkiye’de yaşanan FETO terör örgütüne yönelik yapılmış bir sosyolojik araştırma çalışmasıdır. Araştırmada uygulamalı ve 3 boyutlu 5’li likert ölçekten oluşan bir anket formu kullanılmıştır. Araştırmada 5784 bireyle görüşülmüş ve anket sorularına cevap vermeleri istenmiştir. Cronbach’s Alpha kat sayısı olarak 0.951 değeri elde edilmiştir. Faktör analizi bireylerin sosyo-demografik algı boyutlarını belirlemek için kullanılmıştır. Toplumsal algının değerlendirilmesinde temel bileşenler ve döngüsel faktör analizi yöntemi uygulanmıştır. Verilerin faktör analizine uygunluğu Bartlett testi ile araştırma grubunun büyüklüğünün uygunluğu ise Keiser-Meyer-Olkin katsayısı ile değerlendirilmiştir. Bireylerin verdikleri cevapların normal dağılıma uygunlukları Kruskal Wallis testi ve tüm veriler için sağa yatık olduğu (normal dağıldığı) görüldüğünden cevapların karşılaştırılmasında Anova testi ve Kruskal Wallis analizleri kullanılmıştır. Tüm analizler SPSS v17.0 ile yapılmıştır. Elde edilen verilerin analizi sonrasında katılımcıların tamamı FETO terör örgütü tarafından gerçekleştirilmeye çalışılan darbe girişimine karşı direniş gösterdiği ve sosyal bir bütünlük oluşturduğu sonucunu ortaya çıkarmıştır.

Anahtar Kelimeler: Terör, Darbe, Sosyoloji, Yansıma, Devlet, Bütünlük

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi İletişim Fakültesi, saynurderman@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9339-7649

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi İletişim Fakültesi, saynurderman@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9339-7649

*** Dr., muratkorkmaz@guvenplus.com.tr, ORCID: 0000-0001-7925-5142, Makalenin Gönderim Tarihi: 20.12.2023, Kabul Tarihi: 04.04.2024

Abstract: This is applied sociological research performed on the FETO terrorist organization felt on July 15 2016 in Turkey. An applied and 5-point likert scaled with three dimensions survey has been used in the research. A total of 5,784 individuals were interviewed and requested to answer the survey. The value of 0.951 was obtained as Cronbach's Alpha coefficient. The factor analysis was used to determine the socio-demographic perception dimensions of individuals. Principal components and cyclic factor analysis method were applied in the evaluation of social perception. The suitability of the data to the factor analysis was assessed by the Bartlett test and the suitability of the size of the research group was evaluated with the Keizer-Meyer-Olkin coefficient. Since the answers given by the individuals to the normal distribution were observed to be right skewed (normally distributed) for all data with Kruskal Wallis test, Anova test and Kruskal Wallis analyses were used in the comparison of answers. All the analyses were conducted with SPSS v17.0. Following the analysis of data obtained, it has been concluded that all the participants have displayed a resistance against the coup attempt that was initiated by the FETO terrorist organization and a social integrity has been created.

Keywords: Terror, Coup, Sociology, Reflection, State, Integrity

GİRİŞ

Terörizm ya da terör literatürde siyasi, dini veya ekonomik gayelere ulaşmak için masum sivil halka veya belirli yönetim gruplarına karşı uygulanan her çeşit yıldırma ve şiddet içerikli faaliyet olarak geçmektedir. Araştırma ve uygulama içerikli hazırlanan bu çalışmada asıl ulaşılmak istenen nokta terör ve teröre yönelik gerçekleştirilen olumsuzlukların toplumsal yansımalarının genel anlamda değerlendirilmesi şeklindedir.¹

Dünyanın genelinde ve Türkiye’de geçmişten günümüze çok sayıda terör saldırısı gerçekleşmiştir. Bu terör olayları başta devletler ve toplumlar olmak üzere birçok bireyin zarar görmesine, yok olmasına ve uzun yıllar etkilerinin devam edeceği olumsuzlukların yaşanmasına neden olmuştur. Ayrıca terörle birlikte ekonomi başta olmak üzere siyasi, politik, teknolojik, eğitim, güvenlik, uluslararası ilişkiler ve inançlar açısından da sorunların bir bütün olarak ortaya çıkması kaçınılmaz bir sonuç olmuştur.²

¹ Murat Şimşek, “Terörizm: Kavramsal bir çalışma”, *Akademik Bakış Dergisi*, 54, sf. 1-17, 2016.

² Burcu Selin Yılmaz, Özgür Yılmaz, “Terörizm ve terörizmin hedefi olarak turizm endüstrisi”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 4(13), sf. 39-58, 2005.

Terör saldırılarının yaşanmasındaki asıl neden ve nedenlerin genel anlamda incelenmesi ve bunun toplumsal yansımalarının değerlendirilmesi ise kaçınılmaz bir sonuçtur. Çünkü yaşanan terör olaylarının en fazla zarar verdiği boyut toplum ve toplum bireyleridir. Geçmişten günümüze Türkiye ve Anadolu topraklarında yaşanan terör olayları uzunca yıllardır devam etmektedir. Terör ve terörün neden olduğu birçok olumsuzluk nedeniyle toplum ve bireyleri halen bu sorunlarla savaşmak, baş etmek ve mücadeleye devam etmek zorunda kalmıştır. Terör bir iç sorun olmamakla birlikte birçok dünya milletlerinin ortak sorunu haline gelmiştir. Her geçen gün yeni yeni terör örgütlerinin hayat bulması, ortaya çıkması başta Türkiye olmak üzere birçok dünya ülkesini tehdit etmektedir.³

Teröre neden olan ve terörün hayat bulmasına katkı sağlayan etkenler ile destekçilerinin çok iyi irdelenmesi de ayrı bir konudur. Terör bir etnik ve bölgesel sorun olmadığını ve bunun uluslararası bir sorun gerçeği olduğunu açıkça son yıllarda yaşanan olaylarla ortaya koymuştur. Çünkü son yıllarda yaşanan iç ve dış terör olaylarındaki gerçekler uluslararası güçlerin bu terör örgütleri üzerinde önemli bir etki yarattığı gerçeğini göz ardı edemeyeceğimizi açıkça göstermektedir.⁴

15 Temmuz 2016 gecesi yaşanan kalkışma ya da darbe girişimi, sadece hükümete karşı değil, aynı zamanda topyekûn Türk halkına karşı yapılmış, Türkiye Cumhuriyeti tarihinin en şiddet içeren taarruzu olarak hafızalardan kolay kolay silinmeyecek bir girişimdir. Plan, uygulama ve sonuçları yönünden bugüne kadar yaşanan tüm askeri darbelerden farklı olarak hem işgal hem darbe ve hem de terör niteliği taşıyan bir yapıdadır.

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan (*Türkiye Cumhuriyeti devleti siyasi tarihine uzun yıllar yön veren Demirel, Özal, Ecevit gibi uzun soluklu siyaset yapan siyasetçilerin yanında daha yeni bir siyasi aktör olarak; siyaset yapma tarzı, tercihleri, üslubu, aldığı kararlar ve süreçlere derin etkisi ile Türk siyasi tarihinde en önemli siyasi liderlerden biridir ve Türkiye'nin halk tarafından seçilen ilk cumhurbaşkanıdır*), 15

³ Hüseyin Kazan, "Terör - medya ilişkisi ve medya terör haberciliği", *Güvenlik Stratejileri*, 12(24), sf. 109-146, 2016.

⁴ Aynur Yıldırım, "Kurumsal yapı ve terör ilişkisinin toplumsal maliyeti", *Finans Politik & Ekonomik Yorumlar Dergisi*, 51(596), sf. 11-26, 2014.

Temmuz sürecinde izlediği siyasette, gerek halkı etkin bir şekilde yönlendirmesi açısından gerekse soğukkanlı tutumuyla teröristlerin başarısız olmasını sağlaması açısından ülkesinin beka sorunu haline gelen bir büyük krizi milli irade desteği ile aşmayı başarabilen etkin bir lider olduğunu göstermiştir.⁵

Bu çalışmada özellikle 15 Temmuz FETÖ kalkışma hareketi sonrası halkın üzerindeki darbe girişiminin algısı, temel etkisi ve sonuçları analiz edilmiştir.

I. MATERYAL VE YÖNTEM

Bir uygulama çalışması olan bu çalışmada 5’li likert ölçekten oluşan geçerlilik ve güvenilirliği sağlanmış anket kullanılmıştır. Anket soruları hazırlanırken alanında uzman kişilerden görüş ve öneriler alınarak destek sağlanmıştır. Sosyoloji, siyaset bilimci, psikoloji, psikiyatri, iletişim ve medya alanında uzman kişilerden oluşan bu kişiler çalışmanın nitelik ve anlaşılabilirliği konusunda katkı sağlamış bir çıkar ilişkisi içerisine girmemişlerdir. Anket daha öncesinde kullanılmadığı, geçerlilik ve güvenilirliği sağlanmadığı için bir ön teste tabi tutulmuştur. Hazırlanan anket 32 demografik ve 78 ölçekli sorudan oluşturulmuştur. Bu anket 4 ana boyut altında ve alt sorular şeklinde hazırlanarak katılımcılara cevaplamaları için yönlendirilmiştir.

Ön test için toplam 251 katılımcıdan elde edilen verilen öncelikle geçerlilik ve güvenilirlik analizine tabi tutulmuş, Cronbach’s Alpha kat sayısı olarak 0.741 değeri elde edilmiştir. Bu değer beklenen değer altında kalması nedeniyle dört üst boyut üç alt boyuta, 32 demografik soru 26 soruya ve 78 ölçekli soru 64 soruya indirilerek yeniden analiz tekrar edilmiştir. Yapılan yeni analiz sonrasında Cronbach’s Alpha kat sayısı olarak 0.906 değeri elde edilmiş ve beklenen değer üzerinde bir değer olması nedeniyle asıl çalışmaya geçilmiştir.

Asıl araştırma öncesinde anket soruları bir dil uzmanının görüş ve önerileri doğrultusunda yeniden düzenlenmiştir. Araştırma kapsa-

⁵ Saynur Giray Derman, Hande Oba, “Making a determination from the operational code of a new and influential actor: President of Turkey Recep Tayyip Erdogan”, *Bilig*, 79, sf. 45-67, 2016.

mında anket “Google Form”⁶ sitesinden yararlanılarak hazırlanmış ve bazı sosyal medya aracılığı ile katılımcılara gönderilmiştir. Facebook, Twitter ve Instagram sitelerinden ilgili katılımcılara form linki paylaşarak kendilerine ait kimlik ve sosyal medya adres bilgilerinin paylaşılmasından özgür düşünce ile fikirlerine göre anket formlarını doldurmaları talep edilmiştir.

Sosyal medya üzerinden gönderilen form âdeti 11809’dir. Bu gönderi formlarından sağlanan geri dönüş 7201’dir. Elden basılı ve yüz yüze yapılan görüşmeler sonrasında elde edilen ve analize uygun bulunan form âdeti ise 1258’dir. Yüz yüze formlar bir anketör firmanın katkı ve desteği ile sağlanmıştır. Bu formların ilgili firma tarafından doldurulmasına ilişkin maliyetler yazarlar tarafından karşılanmış olup herhangi bir kurum ve kuruluş desteği sağlanmıştır.

Analize uygun toplam 5784 anket formunun uygulanması 7 ay gibi bir süreyi kapsamaktadır. Anketlerin yüz yüze uygulaması FETO terör örgütünün en etkili olduğu Ankara ve İstanbul İllerinde gerçekleştirilmiş, sosyal medya üzerinden dağıtılan anketler ise farklı illerden oluşmaktadır. Araştırma basit rassal bir yöntem şeklinde hazırlandığından evren ve örneklem seçimi genel dağılım kapsamında belirlenmemiştir. Çünkü FETO terör örgütüne ilişkin genel katılımcı dağılımı ülke tamamını kapsadığından küçük bir dilimin genel dağılım üzerinde etkili olacağı ve genel görüşü yansıtacağı kanaatine varılmıştır.

A. Araştırma Sorusu

15 Temmuz FETO darbe girişimi sosyal toplum anlayışı üzerinde önemli bir olumsuz etki oluşturmuş ve toplumun geneli üzerinde tahribat yaratmıştır. Kamu ve toplum algısı sosyal anlamda önemli boyutta etkilenmiştir.

B. Kuramsal Çerçeve

Soğuk Savaş’ın sona ermesiyle birlikte pek çok değişim yaşanmıştır. Uluslararası ilişkiler teorileri ve yorumları da bu değişimlerin arasındadır. Gerçekten de dünyanın iki kutuplu olduğu dönemde kullanılan aynı politik araçlar ve enstrümanları kullanarak bugüne dair

⁶ Erişim Tarihi: 22.07.2023, <https://docs.google.com/forms/u/0/?ftv=1>,

doğru siyasal çıkarımlar yapmak olası görünmemektedir. Soğuk Savaş döneminin siyasal atmosferinden farklı olarak günümüz dünyasında büyük belirsizlik ve karmaşa hâkimdir. Yine aynı döneme göre, uluslararası arenadaki iktidar ve güç ilişkileri çok daha karmaşıktır ve bugün artık liderlerin fark yarattığı bir dünya vardır karşımızda.⁷ Soğuk Savaş sonrası dönemde küreselleşme hem ekonomik refah üzerinde etkili olurken hem de insan ilişkileri ve toplumsal ilişkiler üzerinde çok etkilidir. Bu çok boyutluluk içinde bir yandan devletlerin karşı karşıya olduğu tehditler artmışken diğer yandan da çıkarlarını koruyacakları fırsatlar zenginleşmiştir.⁸ İşte böylesi karışık siyasal bir atmosfer içinde olan çağdaş dünyada politik analizciler, teorisyenler ve sosyolojik analizciler bir konuda uzlaşmış görünmektedirler; modern uluslararası ilişkiler analizleri dünyanın iki kutuplu olduğu dönemde kullanılan yapısal çözümlerden farklı olmak durumundadır. Artık uluslararası ilişkiler ve sosyoloji uzmanları bakımından sadece ulus devleti esas alarak ve devlet düzeyinde analiz yapmak geçerli bir yol gibi görünmemektedir. Yalnızca yapısal temelli teoriler yerine özne merkezli yeni açıklama ve yaklaşımlar siyasal çözümlere dahil edilmelidir. Global terör ve politikaları anlamak ve yorumlamak için politik kararların arkasında yatan motivasyon ve rasyoyu çok iyi anlamak gerekir.⁹ Bunun yanı sıra terör, tehdit algısı ve darbeler de globalleşen dünyada değişmiştir.

15 Temmuz FETO darbe girişimi, Türkiye devleti/ seçilmiş hükûmetini etkisiz hale getirmek için şiddet yoluna başvurarak ele geçirmeyi hedefleyen bir darbe girişimidir. “Tüm askeri, idari, akademik devlet kurumlarının işgali” yoluyla var olan devlete “Paralel devlet” kurmak ve böylece Türkiye’nin yönetimini ele geçirme çabası ve sivil halka yönelik orantısız askeri güç kullanımı ve seçilmiş siyasetçilerle üst düzey bürokratlara yönelik infaz girişimleri temelinde gerçekleştirilen

⁷ Andrea K Grove, “Political leadership in foreign policy: Manipulating support across borders”, (1st ed.). New York, NY: Palgrave Macmillan, 2007.

⁸ Mark Schafer, Stephen G Walker, “Beliefs and leadership in world politics: Methods and approaches of operational code analysis”, New York, NY: Palgrave Macmillan, 2006.

⁹ Saynur Giray Derman, Hande Oba, “Making a determination from the operational code of a new and influential actor: President of Turkey Recep Tayyip Erdogan”, *Bilig*, 79, sf. 45-67, 2016.

“terör saldırısı” nı içeren bir askeri kalkışmadır ve bu itibarla Türkiye’nin parlamenter demokrasi tarihindeki askeri darbe ve askerinin sivil siyasete müdahale girişimlerinden farklılık göstermektedir.¹⁰

15 Temmuz darbe girişimi, Türkiye’nin gerek ulusal gerekse uluslararası güvenlik boşluklarının çember hattında olduğu bir dönemde yapılmıştır. Bu döneme denk getirilmesi tesadüfi değildir. Yıllara yayılarak kadro yerleşimlerini gerçekleştirmiş FETÖ terör örgütü üyeleri uygun zemin kollayarak harekete geçmişlerdir. Türkiye, bir yandan PKK ile mücadele ederken, diğer yandan da Suriye sınırlarında IŞİD’e karşı yapılan savaş içinde aktif olarak yer alırken FETÖ-PDY 15 Temmuz darbe girişimini gerçekleştirmiştir.

15 Temmuz darbe girişimi, toplumun büyük bir kesiminin karşı koyması sokaklara dökülmesi, tankların önüne atılması sayesinde başarısız olmuştur. Türk halkı bu darbe girişimine hiçbir ideolojik, etnik ve mezhepsel bir ayrılık söz konusu olmadan hep birlikte karşı çıkmıştır ve direnmiştir. Türk halkı demokrasi için canını hiçe sayarak darbecilerle mücadele etmiş ve kalkışma püskürtülmüştür.

15 Temmuz, önemli derslerin alınması gereken bir darbe/işgal/terör saldırısıdır. Alınacak en önemli ders ise “devlet” ve “devletin kurumsal örgütlenmesi” ile ilgidir. Devletin yeniden inşası ve tüm kadroların arındırılmasının gerekliliği alınacak en önemli derstir. 15 Temmuz darbe girişimi Türkiye’de devlete atfedilen “güçlü devlet geleneği” söyleminin, devletin kendi kurumsal varlığına yönelik tehditlere karşı etkin mücadele etme kapasite temelinde aslında “gerçeklikte karşılığı olmayan bir retorik” olduğunu bize göstermiştir. 15 Temmuz darbe girişimiyle, Türkiye’de devletin, teoride güçlü, fakat pratikte zayıf bir kurumsal yapıya sahip olduğu bu sonuçtan göz ardı edilemez acı bir gerçek olarak ortaya çıkmıştır. 15 Temmuz darbe girişimi, başta karar vericiler olmak üzere hepimize, devletin kurumsal ve yönetim anlayışı temelinde, bu tür kalkışmalara ve meydan okumalara karşı güçlendirilmesi gerektiği dersini vermiştir.¹¹

¹⁰ Fuat E Keyman, Metin Gürcan, 15 Temmuz’dan on beş ay sonra: Ordunun reformu, devletin dönüşümü, PM politika raporu 2017, Access Date: 21.07.2023, http://ipc.sabanciuniv.edu/wp-content/uploads/2017/11/15-Temmuzdan-15-Ay-Sonra_Keyman_Gurcan.pdf.

¹¹ Fuat E Keyman, Metin Gürcan, (2017). 15 Temmuz’dan on beş ay sonra: Ordunun

II. BULGULAR

Tablo 1: Demografik ve Tanımlayıcı İstatistikler

| | | Count | Column N % |
|---|--------------------------|-------|------------|
| 1. Yaş | 18-25 | 329 | 6% |
| | 26-35 | 1990 | 34% |
| | 36-45 | 773 | 13% |
| | 46-55 | 1047 | 18% |
| | 56+ | 1645 | 28% |
| 2. Eğitim durumu | İlköğretim | 1813 | 31% |
| | Lise | 2662 | 46% |
| | Yüksekokul | 577 | 10% |
| | Üniversite | 402 | 7% |
| | Yüksek Lisans ve Doktora | 330 | 6% |
| 3. Çalışma durumu | Özel | 1996 | 35% |
| | Kamu | 1836 | 32% |
| | Serbest | 1206 | 21% |
| | Emekli | 325 | 6% |
| | Diğer | 421 | 7% |
| 4. Gelir düzeyi | 1600-2100 | 603 | 10% |
| | 2101-3000 | 2840 | 49% |
| | 3001-4000 | 722 | 12% |
| | 4,00 | 370 | 6% |
| | 4001-5000 | 1249 | 22% |
| | 5001+ | 0 | 0% |
| 5. Gelir durumu | Evli | 3823 | 66% |
| | Bekar | 1768 | 31% |
| | Diğer | 193 | 3% |
| 6. Herhangi bir sağlık sorunuz var mı? | Evet | 484 | 8% |
| | Hayır | 5300 | 92% |
| 7. Çalışmanıza engel bir fiziksel durumunuz var mı? | Evet | 100 | 2% |
| | Hayır | 5684 | 98% |
| 8. Herhangi bir siyasi görüşe sahip misiniz? | Evet | 4734 | 82% |
| | Hayır | 1050 | 18% |
| 9. Etnik bir kimlik taşıyor musunuz? | Evet | 697 | 12% |
| | Hayır | 5087 | 88% |

reformu, devletin dönüşümü, PM politika raporu, 2017, Access Date: 21.07.2023, http://ipc.sabanciuniv.edu/wp-content/uploads/2017/11/15-Temmuzdan-15-Ay-Sonra_Keyman_Gurcan.pdf.

| | | | |
|---|---------------------|------|-----|
| 10. Bakmakla yükümlü olduğunuz birey sayısı nedir? | 0 | 1195 | 21% |
| | 1 | 197 | 3% |
| | 2 | 1515 | 26% |
| | 3 | 1343 | 23% |
| | 4 | 679 | 12% |
| | 5+ | 855 | 15% |
| 11. Sosyal medya ve internet kullanıyor musunuz? | Evet | 4057 | 70% |
| | Hayır | 1727 | 30% |
| 12. İnternet ve medya kullanımını hangi cihazlarla sağlıyorsunuz? | 0 | 1727 | 30% |
| | Akıllı cep telefonu | 3633 | 63% |
| | Laptop | 0 | 0% |
| | Masa üstü | 424 | 7% |
| | Diğer | 0 | 0% |
| 13. İletişim kanalları tv, radyo ve gazete gibi materyalleri düzenli takip eder misiniz? | Evet | 4651 | 80% |
| | Hayır | 1133 | 20% |
| 14. Sürekli takip ettiğiniz iletişim kanalları tv, radyo ve gazete var mı? | Evet | 4651 | 80% |
| | Hayır | 1133 | 20% |
| 15. Darbe öncesinde her hangi bir hukuki olumsuzluk yaşadınız mı? | Evet | 736 | 13% |
| | Hayır | 5048 | 87% |
| 16. Darbe olduğunu nasıl öğrendiniz? | TV | 2921 | 51% |
| | İnternet | 1787 | 31% |
| | Radyo | 160 | 3% |
| | Yakın çevre | 258 | 4% |
| | Diğer | 658 | 11% |
| 17. Darbe günü fiziksel olarak olaylara katılım sağladınız mı? | Evet | 4734 | 82% |
| | Hayır | 1050 | 18% |
| 18. Fiziksel bir katılım sağladınız ise her hangi bir fiziksel zarara uğradınız mı? | Evet | 886 | 15% |
| | Hayır | 4898 | 85% |
| 19. Darbe girişimi sonrası maddi ve manevi anlamda bir olumsuzluk yaşadınız mı? | Evet | 5309 | 92% |
| | Hayır | 475 | 8% |
| 20. Darbe yanlısı kişi ya da kurumlara yönelik yapılan devlet uygulamaları hakkında ne düşünüyorsunuz? | Olumlu | 2621 | 45% |
| | Olumsuz | 40 | 1% |
| | Yetersiz | 3005 | 52% |
| | Diğer | 118 | 2% |
| 21. Darbe sonrası darbecilere yönelik yazılı ve görsel medya da yapılan haberleri yeterli ve anlamlı buldunuz mu? | Evet | 5358 | 93% |
| | Hayır | 426 | 7% |
| | Diğer | 0 | 0% |

| | | | |
|--|---|------|-----|
| 22. Diğer toplum ve milletlerin yaşanan darbe olayına ilişkin kayırmacı yaklaşımlarına karşı ne düşünüyorsunuz? | Türkiye düşmenliği | 4550 | 79% |
| | Darbecilere yönelik destek | 760 | 13% |
| | Uluslararası siyaset | 474 | 8% |
| | Diğer | 0 | 0% |
| 23. Yaşanan darbe olayına dış dünya milletlerinin katkı ve destek verdiğini düşünüyor musunuz? | Evet | 5029 | 87% |
| | Hayır | 755 | 13% |
| 24. Yaşanan darbe olayına ilişkin türk toplumunun yaklaşım ve tutumuna ilişkin görüşünüz nedir? | Duyarlı | 795 | 14% |
| | Bütünlük | 734 | 13% |
| | Vatenseverlik | 251 | 4% |
| | Hepsi | 4004 | 69% |
| | Hiçbirisi | 0 | 0% |
| 25. Darbe süresince siyasi yaklaşımları olumlu ve yeterli buldunuz mu? | Evet | 3337 | 58% |
| | Hayır | 1175 | 20% |
| | Karmaşık | 1272 | 22% |
| | Fikrim yok | 0 | 0% |
| 26. Yapılan darbe girişiminin başarısızlıkla sonuçlanmasında en fazla hangisinin etkili olduğunu düşünüyorsunuz? | T.C. Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın halka çağrısı | 4305 | 74% |
| | Darbe girişiminde bulunanların yetersizliği | 947 | 16% |
| | Emniyet teşkilatının duruma el koyması | 171 | 3% |
| | Türk Silahlı Kuvvetlerinin müdahalesi | 361 | 6% |
| | Medyanın etkisi | 0 | 0% |

Katılımcıların %6'sı 18-25, %34'ü 26-35, %13'ü 36-45, %18'i 46-55 ve %28'i de 56 ve üzeri yaş grubunda bulunmaktadır. En yüksek eğitim seviyesi %46 ile lise düzeyinde bulunmaktadır. %35'i özel, %32'si kamu sektöründe çalışmaktadır. En yüksek gelir grubu %49 ile 2101-3000 tl arasındadır ve katılımcıların %66'sı evlidir.

A. Faktör Analizi

Tablo 2: KMO and Bartlett's Test

| | | |
|--|--------------------|-----------|
| Kaiser-Meyer-Olkin Measure of Sampling Adequacy. | | ,809 |
| | Approx. Chi-Square | 95492,684 |
| kBartlett's Test of Sphericity | Df | 2016 |
| | Sig. | ,000 |

Faktör analizi 5784 katılımcıdan elde edilen veri üzerinden yapılmıştır. Verilerin faktör analizine uygunluğunu değerlendiren Bartlett testi $p < 0,001$ ve Kaiser- Meyer- Olkin (KMO) katsayısı 0.809 (yüksek) olarak saptanmıştır. Tablo 2

Tablo 3: Faktör Yükleri

| | Component | | |
|---|-----------|-------|-------|
| | 1 | 2 | 3 |
| 1. Şahsım ve aile bireylerimle ilgili her türlü hizmeti kamuya ait kurumlardan alırım. | ,555 | -,095 | ,056 |
| 2. Kamunun sağladığı hizmet ve olanaklardan son derece memnunum. | ,516 | -,109 | -,197 |
| 3. Kamu düzeni ve işleyişinin sürekliliğine inanırım. | ,513 | ,069 | -,005 |
| 4. Kamu kurumlarının işlevselliği ve düzenindeki olumsuzluklar farklı olumsuzluklarının oluşmasına neden olur. | ,497 | ,096 | ,124 |
| 5. Kamu hukuk sistemi adil ve tüm toplum bireyleri adına eşit ilkeler çerçevesinde işletilmelidir. | ,476 | -,122 | -,046 |
| 6. Vatan ve devletin bölünmez bütünlüğü her toplum bireyi için önem arz eder. | ,469 | ,054 | ,286 |
| 7. Devlet toplum ve bireylerinin güvenliğini her açıdan sağlamak zorundadır. | ,461 | -,048 | -,019 |
| 8. Hukuk devleti temel insan haklarını güvence altına almakla yükümlüdür. | ,441 | ,158 | ,056 |
| 9. Devlet yönetimi ulusal ve uluslararası hukuk kurallarına bağlıdır. | ,426 | ,424 | -,097 |
| 10. Devlet yönetimi yargısal denetimi süreklilik haline getirmeli ve aksaklıkları gidermelidir. | ,425 | ,155 | ,039 |
| 11. Sosyal devlet sisteminde kuvvetler "erker" ayrımı sistematik olarak işletilmelidir. | ,415 | -,008 | -,141 |
| 12. Devlet ve yönetimi demokratik rejim sistemini benimsemeli ve uygulamalıdır. | ,406 | -,023 | -,087 |
| 13. Kamu yönetimi takdir yetkisini kullanırken yasa ve hukukun koyduğu sınırlar içerisinde kalmalıdır. | ,369 | -,049 | -,267 |
| 14. Kamu yönetimi yetkisini kullanırken kamu ve toplum bireylerinin yararını gözeterek hareket etmelidir. | ,364 | -,129 | ,220 |
| 15. Kamu yönetimi takdir yetkisini kullanırken gerekçelerini belirtmeli ve göstermek zorunda olduğunu bilmelidir. | ,363 | -,309 | -,012 |
| 16. Kamu yönetimi takdir yetkisini kullanabilmesi ve uygulayabilmesi için yasaların özel koşulları çerçevesinde öngörülen zorunluluklara uygun hareket etmelidir. | -,354 | -,035 | ,189 |
| 17. Kamu kurum ve yönetimi liyakat esaslarına dayanan yönetim anlayışından taviz vermemelidir. | ,338 | -,143 | -,100 |
| 18. Demokratik yönetim anlayışında açıklık ilkesi vazgeçilmez bir değerdir. | ,302 | ,089 | ,050 |
| 19. Kamu kurum ve yönetimi adalet ilkelerini göz ardı etmemeli, sır ve gizlilik uygulamalarından kaçınılmalıdır. | ,285 | ,091 | ,113 |
| 20. Kamu kurumları ve devlet yönetiminde karşılıklı güven ilişkisi temel esas olmalıdır. | ,240 | -,024 | ,125 |
| 21. Hukuk ve demokrasinin temel kurallarının ihlal edilmesi kamu düzeninin bozulması işlevselliğinin ortadan kaldırılmasına neden olur. | ,231 | -,149 | -,097 |
| 22. Devlet ve kamu yöneticileri olumsuzluklar karşısında pasif hareket etmemeli sorumluluk ve risk alarak devlet yararına hareket etmelidir. | -,214 | -,125 | -,184 |

| | | | |
|--|-------|-------|-------|
| 23. Kamu personeli haklarını, güvencelerini, yükümlülüklerini, hizmet ve devlet anlayışını benimsemeli, kamu adına yapacağı her hareketin toplum yararına olmasına özen göstermelidir. | ,173 | ,042 | ,110 |
| 24. Devlet ve kamu yönetiminde keyfilik olmamalı, bireysel düşence ve uygulamalardan kaçınılmalı, kamu ve toplum yararına yönelik hareket edilmelidir. | ,153 | -,023 | -,038 |
| 25. Her durum ve koşulda devlet bütünlüğü korunmalı, devlet bütünlüğü ve özgürlüğünü tehdit eden unsurlarla topyekün hareket edilmelidir. | -,130 | -,090 | ,059 |
| 26. Devlet yönetimi toplum bireylerinin hak ve özgürlüklerini korumakla yükümlüdür. | -,091 | ,105 | ,077 |
| 27. Her toplum bireyi devletin bütünlüğü ve özgürlüğünü korumakla yükümlüdür. | ,080 | ,082 | ,039 |
| 28. Bireysel özgürlük; kamu ve toplum düzeninin işleyişine zarar vermemelidir. | ,039 | ,081 | ,002 |
| 29. Her birey hukuk kuralları çerçevesinde hareket etmeli, özgürlüğüne yönelik haklarını bilmelidir. | -,026 | ,070 | ,020 |
| 30. Kamu kurum ve kuruluşları toplum ve bireylere hizmet etmek için oluşturulmuştur. | ,020 | -,050 | ,038 |
| 31. Bireysel ve toplumsal özgürlüğün kısıtlanmasını kabul edemem. | ,315 | -,579 | -,169 |
| 32. Yaptırım ve zorunluluklar hukuk devleti anlayışına göre yapılandırılmalıdır. Asla bireysel özgürlükler kısıtlanmamalıdır. | ,202 | ,545 | -,320 |
| 33. Her birey hukuk kuralları çerçevesinde özgürdür. Asla hak ve özgürlükleri kısıtlanamaz. | ,227 | -,532 | ,009 |
| 34. Darbe ve darbe girişimleri her devlet adına yaşanmış bir olumsuzluktur. | ,349 | ,212 | ,287 |
| 35. Demokrasinin var olduğu ülkelerde darbe ve darbe girişimlerinin varlığı kabul edilemez. | ,235 | ,019 | -,382 |
| 36. Darbe ve darbe girişimleri devlet ve toplum bireylerinin her türlü hukuki haklarının yok sayılmasıdır. | ,154 | ,165 | ,377 |
| 37. Darbe ve darbe girişimleri farklı dünya güçlerinin gizli bir oyunudur. | ,168 | ,358 | -,360 |
| 38. Darbe ve darbe girişimleri siyasi iktidarsızlıkların bir sonucudur. | ,018 | ,253 | ,327 |
| 39. 15 Temmuz darbe girişimi Türkiye Cumhuriyeti'nin yok edilmesi ve sosyal devlet anlayışının ortadan kaldırılmasıdır. | -,039 | ,075 | ,299 |
| 40. 15 Temmuz darbe girişimi sonrasında tüm kamu ve özel sektöre ait kurumlara yönelik gerçekleştirilen soruşturma, tutuklanma ve ihraç kararlarını doğru buluyorum. | ,056 | -,011 | ,283 |
| 41. FETO yapısının oluşması ve güç kazanmasında siyasi gücün etkisi olduğunu düşünüyorum. | -,069 | -,165 | ,268 |
| 42. 15 Temmuz sonrası yapılan hukuki ve siyasi süreç içerisindeki uygulamaları yetersiz ve taraflı buluyorum. | ,041 | ,130 | ,253 |
| 43. Halen kamu ve devlet içerisinde FETO yanlısı ve örgüt üyesi kişi ile kişilerin olduğunu düşünüyorum. | ,054 | ,108 | ,189 |
| 44. FETO yapısının devlet içerisindeki yapılanmasında dış güç ilişkisinin önemine inanıyorum. | ,097 | ,042 | ,160 |
| 45. Cumhurbaşkanının çağrı yapması toplumsal algı yaratılmasında önemli bir etken olmuştur. | ,043 | ,135 | ,140 |
| 46. Demokrasiye inandığım ve darbeye karşı olduğum için FETO darbe girişimine karşı durdum ve sokağa çıktım. | -,059 | -,016 | -,074 |
| 47. Vatan ve milletin bütünlüğü için FETO darbe girişimi karşısında durdum. | ,400 | ,008 | -,489 |

| | | | |
|--|-------|-------|-------|
| 48. Millet ve toplum dayanışması nedeniyle demokrasiye olan inancım daha fazla arttı. | -,039 | ,133 | ,451 |
| 49. Tüm kumu kurumları, özel sektör ve toplumun her bireyinin darbelerle karşı tek vücut olduğuna inanıyorum. | -,019 | ,191 | ,435 |
| 50. FETO darbe girişimine karşı tüm toplum bireylerinin tek vücut olması birlik ve beraberliğimizin ne kadar güçlü olduğunu gösterdi. | -,007 | ,038 | ,408 |
| 51. Din, ırk, inanç, etnik ve diğer her türlü değişkenlere rağmen Türk toplumunun zor durum ve zamanlarda tek vücut olup top yekün karşı durduğunu gördüm. | -,088 | -,050 | ,363 |
| 52. Devlet yönetimi ve liderinin duruşu ile yönlendirmesinin bu tip darbe girişimleri karşısında ne denli önemli olduğunu gördüm. | ,011 | ,145 | ,343 |
| 53. FETO darbe girişimine yönelik Türk Milletinin Birlik ve Beraberliği tüm dünya toplumuna büyük bir mesaj vermiştir. | -,177 | ,021 | ,335 |
| 54. FETO darbe girişimi sürecinde Türk toplumu ve kurumlarının gösterdiği duyarlılık tüm dünya toplumlarına karşı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bir demokrasi ülkesi olduğunu göstermiştir. | -,103 | -,077 | ,255 |
| 55. FETO darbe girişimi sürecinde Türk toplumu devletine sahip çıkmış ve tek vücut olduğunu tüm karşı güçlere göstermiştir. | ,121 | -,006 | -,250 |
| 56. Zorluklar ve savaşlar ancak birlik ve beraberlik ile yok edilir. | -,055 | ,087 | -,228 |
| 57. Geçmişten günümüze Türk milleti her güçlük karşısında tek vücut olmuş ve asla vatan bütünlüğüne zarar vermemiştir. | ,150 | -,066 | ,211 |
| 58. FETO darbe girişimine yönelik Türk toplumunun tek vücut olarak karşı koyması birçok dünya milletine bir örnek olmuş ve cesaret vermiştir. | -,158 | -,058 | -,202 |
| 59. Vatan ve devlet bütünlüğünün korunması bir zorunluluktur. Bu zorunluluk içerisinde asla din, ırk, inanç ve siyasi görüş ayrımı yapılamaz. | -,026 | ,132 | ,143 |
| 60. Demokrasinin olduğu yönetimlerde darbe ve darbe girişimleri asla kabul edilemez. Bu durum demokrasi ve millet inancının yok sayılmasıdır. | ,077 | ,028 | ,128 |
| 61. Darbe ve darbe girişimleri bir millete yapılacak en büyük kötülük ile geleceğine yönelik kara bir lekedir. | -,085 | ,108 | ,127 |
| 62. Türk milleti bir bütündür asla parçalanamaz. | ,042 | ,026 | ,121 |
| 63. Demokrasinin gücüne her zaman inanırım. | ,004 | ,021 | ,111 |
| 64. Dik ve inandığı değerler karşısında sağlam duruş sergileyen liderler her zaman milletin faydasına olan işler yapar. | ,092 | -,002 | ,108 |

Her bir soru için elde edilen faktör yükleri sonuçları Tablo 3'te özetlenmiştir.

1. KAMU ve DEVLET BÜTÜNLÜĞÜNE YÖNELİK TUTUM ve ALGI
2. BİREYSEL ÖZGÜRLÜK ve SOSYAL DEVLET ANLAYIŞINA YÖNELİK ALGI
3. DARBE ve 15 TEMMUZ DARBE GİRİŞİMİNE YÖNELİK TOP-LUMSAL ALGI VE DÜŞÜNCE

Tablo 4: Ölçek ve Güvenilirlik İstatistikleri

| Faktör | Mean | Variance | Std. Deviation | Cronbach's Alpha | N of Items |
|--|--------|----------|----------------|------------------|------------|
| 1. Kamu ve Devlet Bütünlüğüne Yönelik Tutum ve Algı | 20,25 | 12,458 | 3,52953 | 0,875 | 25 |
| 2. Bireysel Özgürlük ve Sosyal Devlet Anlayışına Yönelik Algı | 9,525 | 3,533 | 1,87965 | 0,7 | 8 |
| 3. Darbe ve 15 Temmuz Darbe Girişimine Yönelik Toplumsal Algı ve Düşünce | 6,8346 | 2,092 | 1,44639 | 0,793 | 2 |

Ölçeğin alt başlıkları için elde edilen ortalama, standart sapma ve Cronbach's alfa değerleri Tablo 4'te özetlenmiştir. Kamu ve devlet bütünlüğüne yönelik tutum ve algı alt boyutu için ortalama Cronbach's Alpha değeri 0.875, Bireysel özgürlük ve sosyal devlet anlayışına yönelik algı alt boyutu için 0.70, darbe ve 15 Temmuz darbe girişimine yönelik toplumsal algı ve düşünce için 0.793 olarak hesaplanmıştır.

Tablo 5: Açımlanan Toplam Varyans Tablosu

| Component | Initial Eigenvalues | | | Extraction Sums of Squared Loadings | | |
|--|---------------------|---------------|--------------|-------------------------------------|---------------|--------------|
| | Total | % of Variance | Cumulative % | Total | % of Variance | Cumulative % |
| 1. Kamu ve Devlet Bütünlüğüne Yönelik Tutum ve Algı | 1,071 | 1,674 | 64,352 | 1,071 | 1,674 | 64,352 |
| 2. Bireysel Özgürlük ve Sosyal Devlet Anlayışına Yönelik Algı | 1,028 | 1,607 | 65,959 | 1,028 | 1,607 | 65,959 |
| 3. Darbe ve 15 Temmuz Darbe Girişimine Yönelik Toplumsal Algı ve Düşünce | 1,004 | 1,569 | 67,528 | 1,004 | 1,569 | 67,528 |

Ölçek, tüm soruların %67'sini açıklamaktadır. Ölçeğin alt boyutlarının toplam varyans'a katkıları kamu ve devlet bütünlüğüne yönelik tutum ve algı alt boyutu için %64, bireysel özgürlük ve sosyal devlet anlayışına yönelik algı alt boyutu için %65, darbe ve 15 Temmuz darbe girişimine yönelik toplumsal algı ve düşünce alt boyutu için %67 olarak hesaplanmıştır.

Tablo 6: Yaş Gruplarına Göre Toplumsal Darbe Boyutu

| | Sum of Squares | df | Mean Square | F | Sig. |
|--|----------------|----|-------------|--------|------|
| 1.Kamu ve Devlet Bütünlüğüne Yönelik Tutum ve Algı | 11,239 | 4 | 2,810 | 2,813 | ,024 |
| 2.Bireysel Özgürlük ve Sosyal Devlet Anlayışına Yönelik Algı | 106,453 | 4 | 26,613 | 27,095 | ,000 |
| 3. Darbe ve 15 Temmuz Darbe Girişimine Yönelik Toplumsal Algı ve Düşünce | 150,031 | 4 | 37,508 | 38,483 | ,000 |

Katılımcıların yaşlarına göre toplumsal darbe boyutu Anova testi ile karşılaştırılmıştır. Tablo 6'da sonuçlar özetlenmiştir.

Kamu ve devlet bütünlüğüne yönelik tutum ve algı, yaş gruplarına göre ($p<0,001$) farklılaşmaktadır. 26-35 yaş arasında bu boyuta katılma oranı daha yüksektir.

Bireysel özgürlük ve sosyal devlet anlayışına yönelik algı, yaş gruplarına göre ($p<0,001$) farklılaşmaktadır. 18-25 yaş arasında bu boyuta katılma oranı daha yüksektir.

Darbe ve 15 Temmuz darbe girişimine yönelik toplumsal algı ve düşünce, yaş gruplarına göre ($p<0,001$) farklılaşmaktadır. 46-55 yaş arasında bu boyuta katılma oranı daha yüksektir.

Tablo 7: Eğitime Göre Toplumsal Darbe Boyutu

| | 1. Kamu ve Devlet Bütünlüğüne Yönelik Tutum ve Algı | 2.Bireysel Özgürlük ve Sosyal Devlet Anlayışına Yönelik Algı | 3. Darbe ve 15 Temmuz Darbe Girişimine Yönelik Toplumsal Algı ve Düşünce |
|-------------|---|--|--|
| Chi-square | 88,644 | 17,538 | 38,299 |
| df | 4 | 4 | 4 |
| Asymp. Sig. | ,000 | ,002 | ,000 |

Katılımcıların eğitimlerine göre toplumsal darbe boyutu Kruskal Wallis testi ile karşılaştırılmıştır. Tablo 7'de sonuçlar özetlenmiştir.

Kamu ve devlet bütünlüğüne yönelik tutum ve algı, eğitime göre ($p<0,001$) farklılaşmaktadır. Yükseköğretim grubunda bu boyuta katılma oranı daha yüksektir.

Bireysel özgürlük ve sosyal devlet anlayışına yönelik algı, eğitime göre ($p<0,001$) farklılaşmaktadır. Üniversite grubunda bu boyuta katılma oranı daha yüksektir.

Darbe ve 15 Temmuz darbe girişimine yönelik toplumsal algı ve düşünce, eğitime göre ($p<0,001$) farklılaşmaktadır. Lise eğitim grubunda bu boyuta katılma oranı daha yüksektir.

Table 8: Çalışma Durumuna Göre Toplumsal Darbe Boyutu

| | 1.Kamu ve Devlet Bütünlüğüne Yönelik Tutum ve Algı | 2. Bireysel Özgürlük ve Sosyal Devlet Anlayışına Yönelik Algı | 3. Darbe ve 15 Temmuz Darbe Girişimine Yönelik Toplumsal Algı ve Düşünce |
|---|--|---|--|
| Number of Levels in 3. Çalışma Şekliniz | 5 | 5 | 5 |
| N | 5765 | 5765 | 5765 |
| Observed J-T Statistic | 5811559,000 | 6492881,000 | 5080235,000 |
| Mean J-T Statistic | 6053104,500 | 6053104,500 | 6053104,500 |
| Std. Deviation of J-T Statistic | 69885,116 | 69885,116 | 69885,116 |
| Std. J-T Statistic | -3,456 | 6,293 | -13,921 |
| Asymp. Sig. (2-tailed) | ,001 | ,000 | ,000 |

Katılımcıların eğitimlerine göre toplumsal darbe boyutu Jonckheere-Terpstra testi ile karşılaştırılmıştır. Tablo 8’de sonuçlar özetlenmiştir.

Kamu ve devlet bütünlüğüne yönelik tutum ve algı, çalışma türüne göre ($p<0,001$) farklılaşmaktadır. Kamuda çalışan grubunda bu boyuta katılma oranı daha yüksektir.

Bireysel özgürlük ve sosyal devlet anlayışına yönelik algı, çalışma türüne göre ($p<0,001$) farklılaşmaktadır. Özelde çalışan grubunda bu boyuta katılma oranı daha yüksektir.

Darbe ve 15 Temmuz darbe girişimine yönelik toplumsal algı ve düşünce, çalışma türüne göre ($p<0,001$) farklılaşmaktadır. Kamuda çalışan grubunda bu boyuta katılma oranı daha yüksektir.

Table 9: Eğitime Göre Toplumsal Darbe Boyutu

| | Sum of Squares | df | Mean Square | F | Sig. |
|--|----------------|----|-------------|--------|------|
| 1.Kamu ve Devlet Bütünlüğüne Yönelik Tutum ve Algı | 53,958 | 4 | 13,489 | 13,607 | ,000 |
| 2. Bireysel Özgürlük ve Sosyal Devlet Anlayışına Yönelik Algı | 19,510 | 4 | 4,877 | 4,891 | ,001 |
| 3. Darbe ve 15 Temmuz Darbe Girişimine Yönelik Toplumsal Algı ve Düşünce | 193,880 | 4 | 48,470 | 50,122 | ,000 |

Katılımcıların gelirlerine göre toplumsal darbe boyutu Anova testi ile karşılaştırılmıştır. Tablo 9'da sonuçlar özetlenmiştir.

Kamu ve devlet bütünlüğüne yönelik tutum ve algı, gelirlerine göre ($p<0,001$) farklılaşmaktadır. 2101-3000 arası gelir kazanan grupta bu boyuta katılma oranı daha yüksektir.

Bireysel özgürlük ve sosyal devlet anlayışına yönelik algı, gelirlerine göre ($p<0,001$) farklılaşmaktadır. 4001-5000 arası gelir kazanan grupta bu boyuta katılma oranı daha yüksektir.

Darbe ve 15 Temmuz darbe girişimine yönelik toplumsal algı ve düşünce, gelirlerine göre ($p<0,001$) farklılaşmaktadır. 3001-4000 arası gelir kazanan grupta bu boyuta katılma oranı daha yüksektir.

TARTIŞMA VE SONUÇ

15 Temmuz darbe girişimi gecesini Türkiye'de oluşan kritik kaos dönemlerindeki gibi dönemlerde devletin bekasını hedef alan saldırılara karşı koyma kapasitesi ve azmi sonuç almada önem taşımaktadır. Devletlerin varoluşsal tehditlerle dönemselsel karşı karşıya gelişi ve bu terör/darbe girişimi vs tüm saldırılar sonucunda, kurumsal çöküşe sürüklenen devletler olarak nitelendirilen "başarısız devletler" ile ilgili literatür 21. yy.dan itibaren daha da artmıştır.¹² Beka tehditleriyle karşı karşıya kalan devletlerin bir kısmı halkın ve kurumsal işleyişin işbirliği içinde, efektif ve demokratik bir biçimde çalışması sayesinde hayatta kalmayı başarırken, bir kısmı da kendi haklarını bile koruyamayan devlet-birey, devlet-toplum ilişkilerinde sözlerini tutamayan, "başarısız devletlere" dönüşmektedirler.¹³ Bu bağlamda devletlerin bekasını sağlaması ve başarısızlıklarla mücadele edebilmesi için. devlet-toplum ve devlet-birey ilişkilerinde sürdürülebilir vaatlerde bulunmalı, sonra da bu vaatleri yerine getirebilmelidir.¹⁴

¹² Jonathan John, "Conceptualising the causes and consequences of failed states: A critical review of the literature", *Crisis States Research Centre*, 25, sf. 1-54, 2008.

¹³ Justin Logan, Christopher Preble, "Fixing failed states: A cure worse than the disease?", *Harvard International Review*, 29(4), sf. 62-66, 2008.

¹⁴ Fuat E Keyman, Metin Gürçan, 15 Temmuz'dan on beş ay sonra: Ordunun reformu, devletin dönüşümü, PM politika raporu. 2017, Access Date: 21.07.2023, http://ipc.sabanciuniv.edu/wp-content/uploads/2017/11/15-Temmuzdan-15-Ay-Sonra_Keyman_Gurcan.pdf.

Devletlerin başarısızlığında kutuplaşma ve ayrışma da önemlidir. Türkiye’de 15 Temmuz darbe girişimi sonrası kutuplaşma daha da artmıştır. Türk toplumunun, demokrasi, laiklik, ekonomi ve dış politika alanları da dâhil olmak üzere siyasi ve kültürel birçok konuda, önceki dönemden daha fazla kutuplaştığına dair literatürde gittikçe güçlenen bir fikir birliği söz konusudur.¹⁵

Bu çalışmada hedeflenen kitledeki 15 Temmuz kalkışmasının ortaya çıktığı dönemden günümüze algı sürecini değerlendirirken. Faktör analizi sonuçları aşağıda özetlenmiştir.

1. KAMU ve DEVLET BÜTÜNLÜĞÜNE YÖNELİK TUTUM ve ALGI
2. BİREYSEL ÖZGÜRLÜK ve SOSYAL DEVLET ANLAYIŞINA YÖNELİK ALGI
3. DARBE ve 15 TEMMUZ DARBE GİRİŞİMİNE YÖNELİK TOPLUMSAL ALGI VE DÜŞÜNCE
 - Kamu ve devlet bütünlüğüne yönelik tutum ve algı, yaş gruplarına göre farklılaşmaktadır.
 - Bireysel özgürlük ve sosyal devlet anlayışına yönelik algı, yaş gruplarına göre farklılaşmaktadır.
 - Darbe ve 15 Temmuz darbe girişimine yönelik toplumsal algı ve düşünce, yaş gruplarına göre farklılaşmaktadır.
 - Kamu ve devlet bütünlüğüne yönelik tutum ve algı, eğitime göre farklılaşmaktadır.
 - Bireysel özgürlük ve sosyal devlet anlayışına yönelik algı, eğitime göre farklılaşmaktadır.
 - Darbe ve 15 Temmuz darbe girişimine yönelik toplumsal algı ve düşünce, eğitime göre farklılaşmaktadır.
 - Kamu ve devlet bütünlüğüne yönelik tutum ve algı, çalışma türüne göre farklılaşmaktadır.

¹⁵ Senem Aydın Düzgit, Evren Balta, Turkey after the July 15 coup attempt: When the elites are polarized on polarization. 2017, Access Date: 21.07.2023, <http://ipc.sabanciuniv.edu/wp-content/uploads/2017/04/15-temmuz-sonrasi-turkiye-elitler-kutuplasma-uzerinde-kutuplasinca1.pdf>.

- Bireysel özgürlük ve sosyal devlet anlayışına yönelik algı, çalışma türüne göre farklılaşmaktadır.
- Darbe ve 15 Temmuz darbe girişimine yönelik toplumsal algı ve düşünce, çalışma türüne göre farklılaşmaktadır.
- Kamu ve devlet bütünlüğüne yönelik tutum ve algı, gelirlerine göre farklılaşmaktadır.
- Bireysel özgürlük ve sosyal devlet anlayışına yönelik algı, gelirlerine göre farklılaşmaktadır.
- Darbe ve 15 Temmuz darbe girişimine yönelik toplumsal algı ve düşünce, gelirlerine göre farklılaşmaktadır.

Yapılan analiz ve bulgular sonrasında katılımcıların demografik dağılımlarına baktığımızda; kamu çalışanları ile özel sektör çalışanları arasında fikir ayrılığı olduğu görülmektedir. Aynı şekilde sosyal statü ve iş hayatındaki konumu da görüş farklılıklarına neden olmaktadır. Kamusal alanda çalışanların bürokratik anlamda daha duyarlı olduğu gözlenirken, özel sektör ve sosyal hayat içerisinde bireysel yaşam sürdüren, kamu ile ilgili bir iş yapmayan katılımcıların yaşanan terör olayına karşı görüşleri değişkenlik içermektedir. Kamu çalışanları daha dikkatli ve duyarlı davranırken, kamu dışında bulunan katılımcıların ise daha duygusal ve inanç kavramları doğrultusunda hareket ettiği gözlenmektedir.

Kamu ve özel hayat içerisinde yer alan katılımcıların tamamına yakını devlete karşı gerçekleştirilen bu terör olayı konusunda hem fikir olduğu, yapılan terör girişimi ve ayaklanmanın Türkiye Cumhuriyeti Devletine yapılmış ihanet olarak görülmektedir.

Katılımcıların eğitim ve gelir durumu anket sorularına verilen cevaplar üzerinde farklılık oluşturmaktadır. Eğitim ve gelir düzeyi yüksek olan katılımcılar daha dikkatli ve bilinçli cevaplar verirken, eğitim ve gelir durumu düşük katılımcıların ise daha çok manevi anlamda düşünerek hareket ettiği gözlenmiştir.

Genel olarak değerlendirdiğimizde, FETO terör örgütünün 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirmeye çalıştığı darbe girişimi konusunda tüm katılımcılar Türkiye adına büyük ihanet, devlet ve millete karşı işlenmiş bir ayaklanmanın olduğu görüşündedir. Gerçekleştiril-

meye çalışılan bu ayaklanmanın başarılı olması durumunda ülke ve ülke insanlarının büyük bir kaos içerisinde kalacağı, vatan toprakları ve ülke insanlarının uluslararası bir sorunla karşı karşıya kalacağı gerçeğine inandığı görülmektedir.

15 Temmuz FETÖ terör ayaklanmasına ilişkin katılımcıların tamamına yakını bu ayaklanmanın farklı dünya ülkelerinin desteklemesi ve örgütlemesi ile Türkiye üzerinde oynanan uluslararası bir oyun olduğu gerçeğidir. Bu gerçeğe ilişkin tüm katılımcıların ortak görüşü ise vatan bütünlüğüne karşı işlenen her türlü kalkışma, ayaklanma ve savaş durumunda tek vücut olarak hareket edeceği gerçeğini de ortaya koymaktadır.

Araştırma bulguları ve sonuçlarına göre yaptığımız değerlendirme sonrasında, tüm katılımcıların ülke bütünlüğüne yönelik işlenecek her türlü ayaklanma karşısında tek vücut olduğu, maddi ve manevi anlamda her türlü desteği sağlayacakları, özgürlük ve bütünlük adına asla taviz verilmeyeceği gerçeğini sergilemektedir.

Etik Beyan

Araştırma için Fırat Üniversitesi Spor Bilimleri Fakültesi Dekanlığı'ndan E-20158992-020-352285 sayılı ve 25.07.2023 tarihli kurum izni alınmıştır. Çalışmada kullanılan veriler panel veri olduğundan ve analizde kullanılan veriler de bu panel verilerden olduğundan etik kurul onayı gerektiren bir durum teşkil etmemektedir.

Çıkar Çatışması: Yazarlar arasında çıkar çatışması yoktur.

Yazarların katkısı: Her üç yazar da çalışmanın literatürüne ve analizine eşit katkıda bulunmuştur.

Kaynakça

Makaleler

- Derman Giray Saynur, Oba Hande, "Making a determination from the operational code of a new and influential actor: President of Turkey Recep Tayyip Erdogan", *Bilig*, 79, sf. 45-67, 2016.
- John Jonathan, "Conceptualising the causes and consequences of failed states: A critical review of the literature", *Crisis States Research Centre*, 25, sf. 1-54, 2008.
- Kazan Hüseyin, "Terör - medya ilişkisi ve medya terör haberciliği", *Güvenlik Stratejileri*, 12(24), sf. 109-146, 2016.

Logan Justin, Preble Christopher, "Fixing failed states: A cure worse than the disease?", *Harvard International Review*, 29(4), sf. 62-66, 2008.

Şimşek Murat, "Terörizm: Kavramsal bir çalışma", *Akademik Bakış Dergisi*, 54, sf. 1-17, 2016.

Yıldırım Aynur, "Kurumsal yapı ve terör ilişkisinin toplumsal maliyeti", *Finans Politik & Ekonomik Yorumlar Dergisi*, 51(596), sf. 11-26, 2014.

Yılmaz Burcu Selin, Yılmaz Özgür, "Terörizm ve terörizmin hedefi olarak turizm endüstrisi", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 4(13), sf. 39-58, 2005.

İnternet Kaynakları

Düzgüt Senem Aydın, Balta Evren, (2017). Turkey after the July 15 coup attempt: When the elites are polarized on polarization. Retrieved from: <http://ipc.sabanciuniv.edu/wp-content/uploads/2017/04/15-Temmuz-SonrasıTürkiye-Elitler-Kutuplaşma-Üzerinde-Kutuplaşınca1.pdf> E.T. 21.07.2023.

Keyman E. Fuat, Gürcan, Metin, (2017). 15 Temmuz'dan on beş ay sonra: Ordunun reformu, devletin dönüşümü, PM politika raporu. Retrieved from: http://ipc.sabanciuniv.edu/wp-content/uploads/2017/11/15-Temmuzdan-15-Ay-Sonra_Keyman_Gurcan.pdf E.T. 21.07.2023.

Kitaplar

Grove K. Andrea, "Political leadership in foreign policy: Manipulating support across borders", (1st ed.). New York, NY: Palgrave Macmillan, 2007.

Schafer Mark, Walker G. Stephen, "Beliefs and leadership in world politics: Methods and approaches of operational code analysis", New York, NY: Palgrave Macmillan, 2006.

