

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW



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

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Gürkan Altun

Av. Veli Küçük

Av. Gökhan Bozkurt

Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD

Araştırma Görevlisi

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. 10. 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

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

Dergi iki ayda bir yayınlanmakta olup yazı dili Türkçedir.

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

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

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

Dergi'ye gönderilen yazıların yoğunluğu nedeniyle gelen yazıların sıraya konulması hususu ve TR Dizin 2020 yılı zorunlu kriterleri arasında yer alan "**Dergi her bir sayısında yer almak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, bu bildirim yazar tarafından kabul edilmiş olur (Örneğin: Şubat/2021 itibarıyla Dergi'ye bir yazı gönderildiğinde, yazının kabul edildiği ve hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, yazar bunu kabul etmiş olur ve daha sonra herhangi bir itiraz/yazının daha önceki bir sayıya alınmasını isteme gibi bir hakkı söz konusu olmaz).**

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

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

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

Yayın Kuralları

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

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

İmla ve Yazım Kuralları

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

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

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

Etik İlkeler

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

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

HAKEMLİ MAKALELER

- 1 Burak TAŞ**
Ceza Hukuku Bağlamında Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları ve İlgili Sorunlar
Decisions of Unification of Case Laws of the Court of Cassation in Legal Order and
Regarding Problems
- 39 İbrahim H. SEYDİOĞULLARI**
Uyuşturucu Ticaretinden Sağlanan Kara Paranın Aklanması Suçunda İspat
Yükümlülüğü
Burden of Proof in The Crimes of Money Laundering from Drug Trafficking
- 83 Mehmet Onursal CİN**
Elektronik İmza Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar
Crimes in The Electronic Signature Law
- 127 Fatma Ebru GÜNDÜZ - Melike Özge ÇEBİ BUĞDAYCI**
İdarenin Sorumluluğunda Yansıma Zarar
Damage by Reflection in Liability of Administration
- 161 Abdullah ARIKAN**
Emlak Vergisi Uygulamasından Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Yargısal Çözümünde
Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri
Some Legal Problems Encountered in The Judicial Resolution of Disputes Arising
from Property Tax Application and Solution Suggestions
- 223 Mesut KÖKSOY**
Arabuluculuk İlk Toplantısına Geçerli Mazeret Göstermeksizin Katılmamanın
Yaptırımı
Sanction for Not Attending The First Mediation Meeting without Giving A Valid
Excuse
- 263 Bahadır DEMİR**
Türk Hukukunda Taşiyıcı Annelik ve Taşiyıcı Annelik Sözleşmesi
Surrogacy and Surrogacy Contract in Turkish Law
- 295 Ayşe ARAT - Bekir AKINCI**
Muris Muvazaası Davalarında 5403 Sayılı Kanun'un Uygulanması Sorunu
The Problem of The Application Of The Law Numbered 5403 in Simulation of
Successor Cases

323 Alparslan ŞİMŞEK

Bir Anti-Doping Kural İhlali Olarak Bulunabilirlik Kusurları
Whereabouts Failures as An Anti-Doping Rule Violation

361 Mehmet Mert ÖZYILDIRIM

Hukuki Açıdan Define Keşfeden Kişinin Hakları
The Rights of The Person Who Discovers A Treasure from A Legal Perspective

399 Utku SARUHAN

Türev Sözleşmeler Hukuku: Yeni Bir Hukuk Dalı Olabilir mi?
Derivatives Law: Could There Be A New Branch of Law?

445 İrem YAYVAK NAMLI

Radyasyonla Çalışan İşçilerin Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma
Working Hours and Overtime for Workers Exposed to Radiation

başkan'dan

CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA YARGITAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KARARLARI VE İLGİLİ SORUNLAR

DECISIONS OF UNIFICATION OF CASE LAWS OF THE COURT OF CASSATION IN LEGAL ORDER AND REGARDING PROBLEMS

Burak TAŞ*

Özet: Yargıtay'ın görevlerinden birisi, hukuk düzeninde birliği sağlama motivasyonu ile aynı konuda verilmiş farklı içtihatların birleştirilmesidir. Yargıtay Kanunu m. 45'e göre Yargıtay'ın birleştirdiği içtihatlar; adli yargı düzeninde ilk derece mahkemelerini, bölge adliye mahkemelerini, Yargıtay daireleri ile genel kurulları bağlayıcı niteliktedir. Kanunun söz konusu emredici ve açık düzenlemesine rağmen içtihatların birleştirilmesiyle ilgili birçok sorun bulunmaktadır. İchtihatları birleştirme kararlarında terim, nitelik ve kaynak sorunu öncelikli olarak karşımıza çıkmaktadır. Bağlayıcılık özelliği bakımından içtihatların birleştirilmesi kararlarının hakimlin bağımsızlığı ile ilişkisi de oldukça önem arz etmektedir. En önemli sorun ise içtihatları birleştirme kararlarının hukuki niteliği üzerinden normlar hiyerarşisinde yeri olup olmadığıdır. Bu sorunun ortaya konulmasının ardından lehe kanun uygulamasının içtihatları birleştirme kararları için uygulanabilirliği gündeme gelmektedir. Bu çalışmada içtihatların birleştirilmesi kararları ceza hukuku özelinde ele alınacak ve bahsedilen problemlere çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Düzeninin Birliği, İchtihatları Birleştirme Kararları, Bağlayıcılık, Hukukun Kaynakları, Zaman Bakımından Uygulama

Abstract: One of the jurisdictions of the Court of Cassation is to unify conflicting judgments on the same subject with the motivation of ensuring unity in the legal order. According to the Court of Cassation Law art. 45, the unified jurisprudence of the Court of Cassation is binding on the courts of first instance, regional courts of appeal, Court of Cassation chambers and general assemblies. Despite this mandatory and clear regulation of the Law, there are many prob-

* Arş. Gör. Dr., Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-6481-1580, tas.burak@outlook.com, Makalenin Gönderim Tarihi: 30.04.2024, Kabul Tarihi: 02.08.2024

lems regarding the unification of case law. The problem of terminology, quality and source of the unification of case-law decisions is of primary importance. In terms of their binding nature, the relationship between the unification of case law decisions and the independence of the judge is also very important. The most important problem is whether the unification of case-law decisions have a place in the hierarchy of norms based on their legal nature. After this question has been addressed, the applicability of the favorable law practice for the unification of case-law decisions comes to the agenda. In this study, the unification of case law decisions will be discussed in the context of criminal law and solutions will be offered to the mentioned problems.

Keywords: Unity of the Legal Order, Decision of Unification of Conflicting Judgments, Bindingness, Sources of the Law, Application in terms of Time

GİRİŞ

İçtihatları birleştirme kararları (İBK) ile Yargıtay, uygulama birliğini sağlamak amacıyla hukuki güvenlik, adalet ve eşitlik ilkeleri açısından önemli bir misyonu gerçekleştirmektedir. Bu kapsamda içtihatları birleştirme uygulamasında özellik arz eden hususları detaylı bir şekilde incelemek bu çalışmanın önemlidir. Özellikle bu kararların tanımının, terim anlamının ve hukuki mahiyetinin ortaya konması gerekmektedir. Konu ile ilgili değerlendirmede bulunmadan önce içtihatların birleştirilmesi usulü hakkında bilgi sahibi olunmalıdır. Bu aşamadan sonra içtihatları birleştirme kararının hukuki niteliğinin araştırılması daha sağlıklı olacaktır. Nitekim bu kararların hukuki niteliği hususunu açıklığa kavuşturmadan bu kararların normlar hiyerarşisindeki yeri hakkında değerlendirmede bulunmak mümkün olmayacaktır.

İçtihatları birleştirme kararlarının hukukun kaynağı olarak değeri ve normlar hiyerarşisindeki yeri açıklığa kavuşturulduktan sonra kanunla norm ihdas yetkisi verilen Yargıtay'ın geniş anlamda kanun koyuculuk özelliği ve Yargıtay'ın bu husustaki yükümlülükleri araştırılmalıdır. Nitekim doktrinde önemli konulardan birisi de Yargıtay içtihatları birleştirme kararlarının bağlayıcılık özelliği ve daire ve kurulları arası bağlayıcılığın kapsamı hususudur. Bu kararların ilk derece mahkemelerini bağlayıcılık özelliği kanunla tanınmaktadır; ancak daire ve kurullar arası bağlayıcılık hususu açık değildir. Nihayetinde bu konuyla ilgili ceza hukuku doktrininde önemli bir tartışma konusunu İBK'ların zaman bakımından uygulanması oluşturmaktadır. Lehe-aleyhe İBK'ların ne şekilde uygulanacağı hususu oldukça tartışmalıdır.

İçtihatları birleştirme kararlarının Türk hukukunda Danıştay, Sayıştay ve Yargıtay kapsamında uygulaması vardır. Çalışmamızın kapsamını sınırlamak noktasında sadece Yargıtay bakımından ve ceza hukukunu ilgilendiren boyutu noktasında konu araştırılmıştır. Doktrinde bu konu ile ilgili kapsamlı bir çalışmanın söz konusu olmaması gerçekliği karşısında hem ceza hukuku literatürü azami ölçüde tüketilmeye çalışılmış hem de idare hukuku ve diğer disiplin doktrininden faydalanılmıştır.

I. İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KARARLARININ TANIMI VE GENEL BİLGİLER

Türk Hukuk sisteminde yüksek mahkemelerin temel işlevi hukuk kurallarının ülke çapında aynı ve eşit bir biçimde uygulanmasını sağlamaktır.¹ İlk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı kanunlarda öngörülen kanun yolu işletilmek suretiyle bu kararların denetimi gerçekleşir ve bu denetim sonucunda somut olayda uygulanması gereken hukuk kuralları belirlenmiş olur.² Fakat bu yolla mahkemelerin verdiği kararlar arası çelişkilerin yanı sıra yüksek mahkemelerin daireleri arasında benzer uyuşmazlıklar kapsamında birbiriyle çelişen kararlar söz konusu olabilir.³ Birbiriyle çelişen bu kararlarda tutarlılığın sağlanmasının yegane yolu ise bu içtihatların birleştirilmesidir. Nitekim, mahkemelerin benzer olaylar hakkında verdikleri kararlar arasında çelişki olmaması, kanun önünde eşitlik ilkesi (T.C. Anayasası m. 10) ve genel olarak adaletin bir gereğidir.⁴ Bu nedenlerle,

¹ Tankut Centel, "İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Uygulamadaki Yönlendirici Etkiler", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 1989, C.15, S.1, s. 361; Necip Bilge, "Yargısal İçtihatların Bağlayıcı Etkileri ve İçtihadı Birleştirme Kararları" (A. Recai Seçkin'e Armağan), Ankara 1974, s. 278; Aynı yönde Hakan Pekcanitez, "Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2019, C.32, S.144, s. 366-387.

² Ahmet Hulusi Akkaş, *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 170; Centel, s. 361.

³ Akkaş, s. 171.

⁴ Centel, s. 361; "AİHM, bu bağlamda mahkemelerin uygulamalarında tutarlılığın ve içtihatlarında yeknesaklığın sağlanması için mekanizmalar oluşturulmasının önemini birçok defa hatırlatmış; yargı sistemlerini birbirine zıt kararlar verilmesini önleyecek şekilde yapılandırmanın devletlerin sorumluluğunda olduğunu ifade etmiştir. Ne var ki bu ilkelerin AİHM'in incelemek durumunda kaldığı çelişen

olumsuz bir durumun doğmaması için Yargıtay dairelerinin veya kurullarının kendi kararları arasında veya kendi kararlarıyla diğer Yargıtay daireleri ve kurullarının kararları arasında uyumsuzluk söz konusu olduğunda içtihatların birleştirilmesi yoluna başvurulur. Yargıtay, *en yüksek kanun yolu mahkemesi* olarak ve yalnızca hukuka uygunluk denetimi yetkisi ile sınırlandırılmış olması gereğince içtihadi hukuk yaratımına önderlik etmekte ve içtihatlarda birlik sağlamaktadır.⁵

Bu kapsamda içtihatları birleştirme kararı genel olarak şu şekilde tanımlanabilir: Somut olayda uygulanması gereken hukuk kuralının benzer diğer davalarda farklı yorumlanarak uygulanması halinde, yüksek bir mahkeme tarafından bağlayıcı olacak biçimde benzer olaylarda uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesi ve tekdüzeliğin sağlanmasına yönelik yargısal faaliyetlerdir.⁶

yorumların bir yüksek mahkemenin birleştirici yetkisini uygulayabileceği yasal hükümlerle bağlantılı olarak yargı sisteminin aynı dalında meydana gelen davalar için öngörüldüğü belirtilmelidir (Nejdet Şahin ve Perihan Şahin Türkiye, §§ 55, 80).” AYM, Yasemin Bodur, B.No: 2017/29896, 25/12/2018.

⁵ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara, 2021, s. 102;

İfade etmek gerekir ki hesap yargısında da içtihatların birleştirilmesi usulü öngörülmüştür. Sayıştay Kanunu m. 58’e göre: “(1) İşin gereği ve ibraz edilen belgelerin mahiyeti bir olduğu halde aynı konu hakkında dairelerce veya Temyiz Kurulunca verilen ilamlar birbirine aykırı ise Sayıştay Başkanı bu ilamları içtihatların birleştirilmesi için Genel Kurula gönderir. (2) Sayıştay Başkanı birleşmiş içtihadın değiştirilmesi için de istemde bulunabilir. (3) İçtihatların birleştirilmesi veya değiştirilmesi kararları Resmi Gazetede yayımlanır. Bu kararlara Sayıştay daire ve kurulları ile kamu idareleri ve sorumlular uymak zorundadır.” Sayıtay Kanunu m. 25/2-b’de içtihatları birleştirmede Sayıştay Genel Kurulu yetkili kılınmıştır. Atilla İnan, “Genel Olarak İçtihatları Birleştirme Kurumu ve Sayıştay’da İçtihatları Birleştirme”, *Yargıtay Dergisi*, Ankara 1984, C. 10, S. 1-2, 1984, s. 66.

⁶ AYM, 1968/38E., 1969/24K., 12.6.1969T. Akkaş, s. 171; “...içtihatların bir kısmının mutlak bağlayıcılığını öngören ve Kontinental sistemin hiçbirinde bulunmayan içtihatları birleştirme kurumu, İslâm hukukundaki icma kurumunun Cumhuriyet dönemindeki uzantısıdır. Ayrıca, Yargıtay Kanunu’nda içtihatlarla ilgili olarak benimsenen hükümler ve hâkimler ve savcıların terfi sistemi de içtihatların bağlayıcılığını artıran öğeler olmuştur.” Fahrettin Kayhan, “Yargısal İçtihatlardan Yararlanma Yöntemi ve Türk Hukuku”, Sempozyum ve Tartışmalar XI, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 14 Mayıs 1999, s. 17 (Aktaran: Halim Alperen Çıtak, İdare Hukukunun İçtihadi Karakteri, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2019, s. 10 (dn 50))

İçtihatları Birleştirme Kararlarının tanımı kadar önemli bir diğer husus da doğru terim kullanımudur. Mevzuatta ve yargı kararlarında iki farklı kullanım dikkat çekmektedir: “içtihatları birleştirme” ve “içtihadı birleştirme”. 1859 sayılı Şurayı Devlet Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Tadiline ve Tayyına ve Kanuna İlâve Edilecek Bazı Maddelere Dair Kanun m. 15’te “içtihadın tevhidî” terimi kullanılmıştır. 521 sayılı mülga Danıştay Kanunu’nda genel olarak içtihatlar” terimi kullanılsa da m. 45’te aynı madde içinde hem içtihatların birleştirilmesi hem de içtihadın birleştirilmesi ifadesi kullanılmıştır. 2575 sayılı mer’i Danıştay Kanunu’nda genel olarak “içtihatlar” kelimesi kullanılmış ancak mülga Danıştay Kanunu’nda olduğu gibi m. 39’da aynı madde içinde hem içtihad hem de içtihatlar ifadesi kullanılmıştır.⁷ 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nda da “içtihatları birleştirme” ve “içtihatların birleştirilmesi” kelimesi bir yerde geçmekte iken on dört yerde “içtihadı birleştirme” ifadesi geçmektedir. En doğru ve yeknesak kullanım mülga 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu’nda yer almaktadır. Bu kanunun her yerinde içtihatların birleştirilmesinden söz edilmiştir.

Arapça kökenli, cehdetmek (*ele geçirilmesi zor olan bir şey için üstün gayret sarfeylemek*)⁸ anlamına gelen içtihat; tek başına tekildir.⁹ Kelimenin çoğul şekli içtihadattır.¹⁰ İçtihatların birleştirilmesi usulünde, doğası gereği, birden çok içtihadın bire indirgemesi söz konusu olduğu için, çoğul anlam ifade eden “içtihatlar” kelimesinin kullanılması yerinde olacaktır.¹¹

II. İÇTİHATLARIN BİRLEŞTİRİLME USULÜ

1. Genel Olarak İçtihatların Birleştirilmesi

Yargıtay, içtihatları birleştirme dışında kanuna aykırı verilen hükümleri bozarken olaya uygulanacak olan kanunun anlamının ne şe-

⁷ Mer’i Danıştay Kanunu m. 18’in başlığında “içtihadları” ifadesi kullanılmış, Kanun’un geri kalanında “içtihat” kelimesi kullanılmıştır. Bu açıdan kelimelerde birlik olmayışı da dikkat çekmektedir.

⁸ İnan, s. 55.

⁹ Serkan Kızılyel, “Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2015, C.28, S. 119, s. 116-117 (dn 3).

¹⁰ Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Doğu Matbaası*, Ankara, 1970, s. 487 (Aktaran: Kızılyel, s. 116-117 (dn 3)).

¹¹ Kızılyel, s. 116-117 (dn 3).

kilde anlaşılması gerektiğini de göstermektedir.¹² Aslında Yargıtay'ın kanunların uygulanması noktasında yaptığı belirlemeleri sayesinde kanunların ülke içinde aynı tarz ve usulde uygulanabilmesi de sağlanmaktadır ancak Yargıtay daireleri arasında da aynı konu ile ilgili farklı kararlar çıkabilmektedir.¹³ Bu kapsamda da Yargıtay Kanunu'nda içtihatların birleştirilmesi usul ve esasları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Yargıtay'ın benzer somut olaylardan soyut olarak ilke kararı şeklinde içtihatları birleştirme kararı vermesi usulü 2797 sayılı Yargıtay Kanunu¹⁴ (YK) m. 8, 15/2, 16/5, 41, 42, 44, 45, 57 ve 58'de ayrıntılı olarak belirlenmiştir.¹⁵ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, özel hukuku ilgilendiren kararlar bağlamında içtihatları birleştirirken, Ceza Genel Kurulu,¹⁶ ceza hukukunu ilgilendiren kararlar bağlamında içtihatları birleştirmektedir. Hukuk ve Ceza Genel Kurulları ve daireler arası içtihat uyumsuzluklarında içtihatların birleştirilmesi ise Büyük Genel Kurul tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda Yargıtay özelinde üç farklı içtihatları birleştirme uygulaması söz konusudur.¹⁷

Birinci Başkan, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeler ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilinden oluşan Yargıtay Büyük Genel Kurulu (YK m. 8), Hukuk Genel Kurulunun benzer olaylarda birbirine aykırı biçimde verdiği kararları ile Ceza Genel Kurulunun yine benzer olaylarda birbirine aykırı olarak verdiği kararları veya Hukuk Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulu; Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi; Hukuk Genel Kurulu ile bir ceza dairesi veya Ceza Genel Kurulu ile bir ceza dairesi; Ceza Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi veya bir hukuk dairesi ile bir dairesi ceza arasındaki içtihat uyumsuzluklarını gidermek ve içtihatları birleştirmekle görevlidir (YK m. 16/5). Verilen bu içtihatları birleştirme

¹² Dönmezer/Erman, s. 206.

¹³ Dönmezer/Erman, s. 206.

¹⁴ 8/2/1983 tarih, 17953 sayılı Resmî Gazete.

¹⁵ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt 1, Der Yayınları, 14. Baskı, İstanbul, 2016, s. 206.

¹⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ceza Genel Kurulu en son 1984 tarihinde içtihadı birleştirme kararı vermiştir. Bkz. "Türk Ceza Kanunu'nun 278. maddesinde yazık nisbi nitelikteki ağır para cezası, 2248 ve 2790 sayılı Kanunlarla değişik 5435 sayılı Kanun gereğince misil artırmasına tabi değildir." YİBCBGK, 1984/1E., 1984/5K., 25/6/1984T.

¹⁷ İnan, s. 58.

kararları da benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dailerini ve adliye mahkemelerini bağlamaktadır (YK m. 45/5).

Tüm bu verilerden anlaşılan içtihatları birleştirme kararlarının ceza hukukunda kaynak olarak itibar görme rolünü oldukça güçlendirdiğidir; nitekim bir ülkede gerçek anlamda hukuk birliği sadece benzer olaylarda aynı kanunların uygulanması ile değil kanunların yorumu noktasında aynı şekilde uygulama birliği ile sağlanabilmektedir.¹⁸ Kanuni bir düzenleme gereği zorunluluktan ziyade fiilen gerçekleşecek bir içtihat birliği sağlanması; hukukun gelişimine katkı sağlayacağı gibi hakimlere hukuka uygun, vicdanlarına göre karar verebilmelerinde bir serbestlik tanımaktadır.¹⁹ Ayrıca bu yolla da hukuki güvenliğin sağlanmasında kişilere önemli bir güvence sunulmaktadır.

2. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazında İchtihatların Birleştirilmesi

Olağanüstü bir kanun yolu niteliğinde olan Başsavcı itirazında kanun koyucu, Başsavcının hukuka aykırı olarak değerlendirdiği daire kararlarına karşı itiraz yetkisi tanımakla Ceza Genel Kurulunu hakem olarak belirlemek istemiştir.²⁰

Yargıtay ceza dailerinin farklı karar vermeleri durumunda olağanüstü itirazı haklı kılabilen Ceza Genel Kurulu'nun görüşünün alınması gereği gündeme gelir. Halihazırda farklı daire kararlarından biri hatalıdır. Ceza daileri arasında görüş aykırılıklarının bulunması eşitsizliğe neden olmaktadır. Bir görüşe göre bu eşitsizliği giderebilecek yöntem doğru olmasa da içtihatların birleştirilmesidir. Hangi daire kararının doğru olduğunu, içtihatları birleştirme mekanizması vasıtasıyla Yargıtay Ceza Genel Kurulu belirleyecektir. Genel Kurulun görüşünün alınmasının içtihatların birleştirilmesi ile gerçekleşmesi mümkündür.²¹

Bu görüşteki yazarlar temelde Cumhuriyet başsavcısına böyle bir olağanüstü yetki tanınmasını gerektirecek ve haklı kılacak olağanüstü

¹⁸ Dönmezer/Erman, s. 207

¹⁹ Dönmezer/Erman, s. 207

²⁰ Yenisey/Nuhoğlu, s. 1003.

²¹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 1003.

bir gereksinimin bulunmadığı kanaatindedirler. Bu nedenle de bu yolun kaldırılması gerektiğini savunmaktadırlar.²² Bu usulün Yargıtay'ın iş yükünü arttırdığı kanaatindedirler.²³

CMK m. 308'de itiraz üzerine dosyanın kararına itiraz edilen daireye gönderileceği ve dairenin de mümkün olan en kısa sürede itirazı inceleyip yerinde görürse kararını düzeltereği; görmezse dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göndereceği düzenlenmiştir. Doktrinadaki söz konusu görüşe göre içtihatları birleştirme müessesesinin ıslah edici işlevi göz önüne alındığında dairenin karar vermesi için dosyanın daireye gönderilmeyip doğrudan içtihatlar birleştirilmek üzere Genel Kurula gönderilmesi daha yerinde olacaktır. Böylece Yargıtay'ın iş yükü nispeten azalmış olacak ve süreç daha *yumuşak* biçimde sonlanacaktır. Nitekim Başsavcılık itirazı ancak dairelerin farklı karar vermeleri halinde ortaya çıkmaktadır.²⁴

Kanaatimizce başsavcılık itirazında içtihatları birleştirme usulünün uygulanması her zaman için olumlu sonuç vermeyebilir. Kararına itiraz edilen daire, önceki kararından dönebilir. Süreç de daha kısa sürede sona erebilir. Kaldı ki itirazın konusu her zaman için içtihat farklılıklarından kaynaklanmayabilir. Yargıtay 19. Ceza Dairesi 2021/267E., 2021/464K., 25.1.2021T. sayılı kararında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 31.12.2020 tarihli ve KD- 2020/75964 sayılı itirazını kabul etmiştir. Bu itiraz da içtihat aykırılığına ilişkin olmayıp bozmaya konu edilmeyen yeni hukuka aykırılıklar saptandığı gerekçesine dayanmaktadır.²⁵ Ayrıca Yargıtay 17. Ceza Dairesi'nin Başsavcılık iti-

²² Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 1003.

²³ Genel kurulun görüşüne başvurmak kararın kolektifliğini artırma yönünden fayda sağlasa da yazarlara göre bu usulün zararları daha ağır basmaktadır. Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 1003.

²⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s. 1003.

²⁵ "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazında (özetle); Dairemizce kanun yararına bozma talebine konu kararın kanun yararına bozma talepnamesinde belirtilen hususun dışına çıkılarak tüm yönleriyle incelendiği, bozmaya konu edilmeyen yeni hukuka aykırılıklar saptandığı ve kararın CMK'nın 309/4-a maddesi gereği bozulduğundan bahisle; Dairemizin ilamının kaldırılması ile kararın CMK'nın 309/4-c maddesi uyarınca bozulmasına veya re'sen saptanan hukuka aykırılıklar yönünden kanun yararına bozma yoluna gidilip gidilmeyeceği hususunda dosyanın Adalet Bakanlığı'na tevdiine, şayet Dairemiz aksi kanaatte ise bu kez de dosyanın CMK'nın 308/3. maddesi uyarınca Ceza Genel Kurulu'na gönderilmesine karar verilmesini talep edilmiştir.

razına konu olan kararı da sanık hakkında açıklanması geri bırakılan hükümlerin açıklanma koşullarının oluşup oluşmadığı konusuna ilişkindir. Suça sürüklenen çocuğun, Şube Müdürlüğü ile görüşmelere katılmaması konusunda, geçerli, kabul edilebilir haklı bir mazeretinin bulunup bulunmadığının mahkemece araştırılması ve sonucuna göre hükümlünün hukuki durumunun tayin ve tespiti yerine, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile hükümlerin açıklanmasına karar verilmesi üzerine, dairenin itiraz talebini kabul etmesi ile suça sürüklenen çocuk hakkında hükmün açıklanmasının karar verilmesine ilişkin karar bozulmuştur.²⁶

Kanaatimizce, eğer daireler arası içtihat farklılıkları söz konusu ve bu da Yargıtay'da uygulama birliğine aykırı neticelerin doğmasına sebep oluyorsa bu durumda başsavcılık itirazında dosyanın kararı veren daireye gönderilmesi aşamasının atlanması yerinde olacaktır. Ancak bunun için açık bir kanun hükmüne ihtiyaç söz konusudur. Nitekim CMK m. 308/2 hükmü emredici niteliktedir.

III. İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KARARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

İçtihatları birleştirme kararının hukuki niteliği çok fazla tartışma konusu yapılmamakla birlikte doktrinde bir görüşe göre içtihatları birleştirme kararı, genel, soyut ve yazılı norm²⁷ koyma faaliyeti ola-

Dairemizce gereği görüşülüp düşünüldü: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 16.09.2020 gün ve KYB. 2020/75964 sayılı ihbarnamesi içeriğinde belirtilen bozma sebebi dışında Dairemizce yeni hukuka aykırılıklar tespit edildiği ve bu sebeplerle kararın bozulmasına karar verildiği anlaşılmakla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 31.12.2020 tarihli ve KD - 2020/75964 sayılı itiraz istemi; 6352 sayılı Kanun ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 308/3. maddesi uyarınca yerinde görülmeyle itirazın kabulüne, Dairemizin aynı günlü 2021/627 E. ve 2021/628 E. sayılı dosyalarında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazlarının kabulüyle, aynı sebebe dayalı uyumsuzluk hakkında 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nu 282. maddesine aykırılık kabahatinin oluşacağından bahisle karar verildiği görülmekle, bu sebepten kararın yararına bozma yoluna gidilip gidilmeyeceği hususunda dosyanın Adalet Bakanlığı'na gönderilmek üzere, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na tevdiine, 25.01.2021 tarihinde oyçokluğuyla karar verilmiştir."

²⁶ Bkz. Y17.CD, 2017/2986E., 2017/10422K., 25.09.2017T.

²⁷ Genel olarak norm kavramı ve bu kavramın kapsamı hakkında bkz. Hans Kelsen (çev. Michael Hartney), General Theory of Norms, Clarendon Press, Oxford, 1991, s. 1-12.

arak değerlendirilmelidir ki bu da maddi anlamda bu bir yasama faaliyeti'dir.²⁸ İBK'lar somut bir dava veya somut bir uyumsuzlukla ilgili değildir. Ortada bir dava bulunmamaktadır.²⁹ Bu görüşe göre davanın olmadığı yerde yargılama faaliyetinden de söz edilemeyeceği için Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurullarının faaliyeti neticesinde oluşan kararlar yargısal bir karar değildir.³⁰ Nitekim yargısal bir karardan söz edebilmek için "maddi anlamda, somut hukuksal uyumsuzluğun, kural olarak dava konusu olayla sınırlı olarak sadece tarafları bağlayacak şekilde çözülmesi", diğer bir anlatımla "soyut ve genel hukuk kurallarının tekil ve somut olaylara uygulanması" söz konusu olmalıdır.³¹ Bu kapsamda bu görüş içtihadı birleştirme kurullarının faaliyetinin yargısal nitelikte olmadığını ve bu kararlarda yer alan ilkelerin de teknik anlamda yargısal içtihat olarak değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır.³² Kaldı ki Yargıtay Kanunu'nda içtihadın birleştirilmesi usulü yargısal içtihat vermektense oldukça uzak bir şekilde düzenlenmiştir. Bunun da İBK'ların yargısal nitelikte birer karar olmadığı savını güçlendirdiği savunulmaktadır.³³ Doktrinde bu görüşü kabul eden başka bir görüş, bu durumun yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kullanılacağını ifade eden Anayasa m. 7'ye aykırı olduğunu da vurgulamaktadır.³⁴

²⁸ Kayhan, s. 357; Sevtap Metin, Hukuk Normunun Yorumu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2002, s. 183; Doktrinde bir görüş İçtihatları Birleştirme Kararlarının kanundan da üstün hale geldiğini savunmaktadır. Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 102.

²⁹ Selman Özdemir, "İdari İşlemin Geri Alınmasında, İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararlarının İdari Yargı Pratiğindeki Uygulanışına Dair Bir Değerlendirme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 2021, C.29, S.2, Y.2021, s. 1394.

³⁰ Fahrettin Kayhan, "Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 1999, C.11, S.2, s. 357; Metin, s. 183.

³¹ Kayhan, s. 357.

³² Kayhan, s. 357.

³³ Kayhan, s. 357.

³⁴ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Ekin Yayınevi, 13. Baskı, Bursa, 2016, s. 178; Kanımızca hukuk düzenine yasama faaliyeti benzeri yeni norm getiren her uygulamanın Anayasa m. 7'ye aykırı olduğu sonucunu çıkarmak hukukta yorum ve mantık hatasına sebep olmaktadır. Böylesi bir kabul ile hareket edilirse kanun gibi güce sahip olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin çıkarılması yahut milletlerarası anlaşmaların Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması da bu maddeye aykırı değerlendirilecektir.

Anayasa Mahkemesi; bir kararında, içtihatları birleştirme kararının, belli bir olay için yeni bir hukuk kuralı koymak gereğiyle değil ancak ve ancak belli bir olaya uygulanacak kanunun veya objektif nitelikte olan diğer hukuk kurallarından hangisinin, hangi anlamda uygulanacağını saptamak için verileceğini belirtmiştir.³⁵ AYM bu yolla ilke kararı niteliğindeki içtihatları birleştirme kararlarının yeni bir hukuk kuralı koyma özelliğine sahip olmadığını kabul etmektedir.³⁶ Ancak Yargıtay ise bir konunun içtihatları birleştirme kararıyla aydınlanması, fiilen, o konuda yeni bir kanun çıkarılması anlamına geldiğini savunmaktadır.³⁷ Böylece Yargıtay içtihatları birleştirme kararlarının uygulamada yeni bir hukuk kuralı yaratma özelliğine sahip olduğunu benimsemektedir.³⁸

Doktrinde bir görüş içtihatları birleştirme kararlarının uygulamada yeni bir hukuk kuralı niteliğini taşımadıklarını ve bunların misyonunun mevcut uygulamaları bir esasta toplamaktan ibaret olduğunu savunmaktadır.³⁹ Bu görüşe göre içtihatları birleştirme kararları, verildikleri tarihten sonra kanun koyucuyu etkileyebilmektedir ve kanun koyucu da önceden verilmiş içtihatları birleştirme kararlarından esinlenerek bunları kanunlaştırabilir. Kanaatimizce bu kararların yeni bir hukuk kuralı niteliğinde olmadığı görüşü yerinde olmasa da kanun koyucu gerçekten İBK'dan esinlenebilir. Şöyle ki Cumhuriyet savcısının, fiilin önödeme kapsamında olduğunu ihmal edip iddianame düzenlemesi ve iddianamede gösterilen suçun vasfının duruşmada değişerek fiilin önödeme kapsamına girdiğinin anlaşılması durumunda mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu iki hal, 11.4.1983 tarihli, 2/2 sayılı İBK ile düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK'da bu iki hale yer verilmiş, söz konusu İBK'dan esinlenilmişti.⁴⁰

³⁵ AYMK., 1969/38E., 1969/34K., 12.6.1969T. Karar için bkz. Centel, s. 362; Bu kararın doğru olduğunu savunan görüş için bkz. Baytaç, s. 191.

³⁶ Centel, s. 362.

³⁷ YHGK., 1963/4-71E., 1963/21K., 20.2.1963T. Centel, s. 362.

³⁸ Centel, s. 362.

³⁹ Centel, s. 363; Benzer yönde bkz. Şerife Yıldız Akgül, "İçtihadı Birleştirme Kurumu ve İptal Kararı Üzerine Fiili Çalışmaya Bağlı Döner Sermaye Ek Ödemelerinin Davacıya Ödenmesi Gerekliğine İlişkin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2013/2 Esas ve 2018/2 sayılı Kararı Üzerine Değerlendirme", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Eskişehir 2020, C.6, S.1, s. 47.

⁴⁰ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi*, 14. Baskı, Ankara, 2020, s. 881.

Kanaatimizce İBK'ların yasama faaliyeti niteliğinde olduğu ve yargısal nitelikte olmadığı görüşü yerinde değildir.⁴¹ İçtihatları birleştirme kararları ile somut olayda ortaya çıkan uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla değil benzer olaylarda olaya uygulanacak hukuk kuralının yorumlanmasında ve belirlenmesinde ülkesel uygulama birliğinin sağlanması amaçlanır.⁴² Burada, somut olaylarda sübjektif ve olaya özel kararlar değil benzer davalarda uygulama birliğini sağlayabilmek adına objektif ve herkese hitap edecek şekilde genel nitelikte kararlar verilir.⁴³ Genel ve herkese hitap edebilme niteliği ise bu kararları kanun gücünde olduğunu⁴⁴ göstermektedir; ancak bu kararlar Anayasa gereği Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kanun biçimine çıkarılmadıkları için kanun niteliği taşımamaktadır. Yasama yetkisinin asliliği ilkesi bu kararların kanun olarak değerlendirilmesini engellemektedir.⁴⁵ Kanunların çıkarılma usulü ile İBK'ların çıkarılma usulleri tamamen birbirinden farklıdır. Kanunlar genel ve soyut düzenlemeler içermekteyken İBK'lar genel ancak somut olaylara özgü soyut düzenlemeler içermektedir. Bu soyutluk ise uygulanması gereken hukuki düzenleme ve bu düzenlemenin yorumlanması noktasındadır. Bu kararların hukuki niteliği en genel ifade ile "yargısal yorum aracı" olarak nitelenebilir.⁴⁶

Bu kararlar bir yargı organı tarafından verilip somut olaya özgü soyut kural içerdiği için mahkeme kararı niteliğindedir.⁴⁷ İBK'lar uy-

⁴¹ Benzer yönde bkz. Önder, s. 85.

⁴² Bilge, s. 278.

⁴³ Bilge, s. 278.

⁴⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız, Muhakeme, s. 86.

⁴⁵ Aynı yönde Abdullah Batuhan Baytaç, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 191.

⁴⁶ Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), Beta Yayıncılık, 7. Bası, İstanbul, 2019, s. 107; Doktrinde Özgün, hukukumuzda yorum kararı şeklinde bir karar türü olmadığı, bağlayıcı olanın yorum değil hüküm olduğu, İBK'nın kanunun yorumu olarak kabul edildiğinde de bağlayıcılık açısından problem oluşturduğu gerekçesi ile İBK uygulamasına hukukumuzda son verilmesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. Özgün, s. 78 dn 216.

⁴⁷ Benzer yönde bkz. Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 52; "İçtihadı birleştirme kararlarının öteki yargı kararlarından ayrılan bir özelliği, bu kararların mevcut bir uyuşmazlığı, belli yargısal yöntemlerle çözümleyen kararlardan olmamasıdır." Danıştay İBK, 1992/1E., 1993/2K., 10.06.1993T. Karar için bkz. Çıtak, s. 143 (dn 211).

gulamada ilke kararı niteliğine sahip olmaları itibariyle farklı yorumların birleştirilerek yeni bir kural yaratılması faaliyetidir. Bu kararları ile normatif bir belirlemede bulunmaktadır.⁴⁸ Yüksek mahkemelerin bağlayıcı kurallar ihdas etmesi ve bunların uygulanması yoluyla belirlenen hukuk esasları da hukuk kuralı olarak değerlendirilebilir.⁴⁹

Yargıtay'ın içtihatları birleştirme yolundaki faaliyeti mevzuata açıklık kazandırmaktır. Bu nedenle bu kararların yürürlükteki hukuk kurallarının anlamını saptayıcı niteliğe sahip olduğu savunulur. Kaldı ki, içtihatları birleştirme kararlarına yeni bir kanun hükmü niteliğinin tanınmış sayılması yasama yetkisinin devri bağlamında anayasaya da aykırılık oluşturacaktır.⁵⁰ Kanaatimizce içtihatları birleştirme kararları hukuk düzeninde yeni bir kural yaratmakla birlikte mevcut kuralın nasıl yorumlanacağını belirtmektedir. Bu ise hukukun asli alanına bir müdahale teşkil etmektedir. Yargıtay'ın bu faaliyeti yasama yetkisinin kullanımı anlamına gelmemektedir. Bu kapsamda İBK'lar oluşturma kapsamında Yargıtay'ın faaliyeti kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırılık oluşturmamaktadır. Bunun dışında içtihatları birleştirme kararları değiştirilemez nitelikte de değildir. Başka bir içtihatları birleştirme kararı ile mevcut içtihatları birleştirme kararının değiştirilmesi mümkündür.⁵¹ Bu nedenle kanaatimizce İBK'lar kendine özgü yapısı olan (*sui generis*)⁵² bir hukuki düzenlemedir. Bu yönüyle İBK uygulamasının ezberden Anayasaya aykırı olduğunun savunulması yerinde olmayacaktır.⁵³

⁴⁸ Örneğin YİBCBGK'nun "Kanun dışı yakalanan veya tutuklanan kişilere tazminat verilmesi hakkındaki 466 sayılı Kanun'a göre mahkemelerce tazminata hükümlenmesi halinde Hazineye nispi harç yükletilmesinin doğru bulunmadığına" (1974/4E., 1974/3K., 15.4.1974T.) karar vermesi normatif bir belirlemedir. Bu kapsamda da İBK'ların normatif yönü itibariyle hukuk kuralı olarak değerlendirilmeleri gerekmektedir.

⁴⁹ Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, 19. Baskı, Ankara, 2019, s. 25; İBK'ların kanunun bağlayıcılık gücü ile eşdeğer olduğu şeklinde yorumlanamayacağı görüşü için bkz. Fırat Gedik/Emel Koç, "Hüküm Kurma ve İchtihat", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, 2009, C.67, S.2, s. 161.

⁵⁰ Centel, s. 367.

⁵¹ Yıldız Akgül, s. 47.

⁵² Danıştay İBK'ları bağlamında aynı yönde bkz. Lütfi Duran, "Danıştay'ın İchtihatları Birleştirme Uygulaması", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Ankara 1972, C.27, S.3, s. 419.

⁵³ Cenk Akil, "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2008, C.57, S.3, s. 17-18.

Yargıtay'ın içtihatları birleştirme kararlarının norm değerini belirlemede Yargıtay Kanunu m. 45/5 yardımcı olmaktadır. “İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar” şeklindeki bu hükümden hareketle bu kararların normlar hiyerarşisinin bir parçası oluşturduğu söylenebilmektedir. İçtihatları birleştirme kararları hukukun belirli bir alanına müdahale gerçekleştirdiği için Türk hukukunun kaynaklarından birisini teşkil etmektedir.⁵⁴ Bu kararlar; Anayasa, kanun, uluslararası anlaşmalar gibi hukukun yazılı kaynaklarından birini oluşturmaktadır.⁵⁵ Yargıtay, ülkenin bütününde içtihat birliğini; yani hukukun ülke genelinde aynı şekilde uygulanmasını sağlama motivasyonu ile içtihatları birleştirmektedir.⁵⁶ Ancak bu kararların amacı bir uyuşmazlığı kesin olarak çözüp davayı sonuçlandırmak değildir. Bu kararlarıyla Yargıtay'ın amacı her uyuşmazlıkta uygulanma kabiliyetini haiz bir ilke göstermektir. Bu açıdan İBK'lar genellikle “ilke kararı” niteliği taşımaktadırlar (YK m. 17/1-c).⁵⁷ İlke kararı ise birbiri ile çelişen iki kararda hukuki bir sorunun çözümlenmesi sonucunda genel bir ilkenin tespit edilmesi niteliğindedir. Bu yönüyle ilke kararı niteliği taşımayan Yargıtay'ın Özel Daire Kararları benzer başka davalarda hâkimi bağlayıcı nitelikte değilken İBK'lar, benzer hukukî konularda hukukun bir uygulanması bağlamında Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlamaktadır (YK m. 45/5).⁵⁸ İBK'ların bu bağlayıcılık özelliği, yeni bir İBK veya kanunla ortadan kaldırılabilir.⁵⁹

⁵⁴ Aynı yönde bkz. Dönmezer/Erman, s. 207.

⁵⁵ Erhan Adal, Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı, Legal Yayıncılık İstanbul, 2004, s. 91.

⁵⁶ İçtihatların birleştirilmesi yoluyla kanuna aykırı hükümler bozulmak suretiyle kanunun gerçek anlamı ortaya çıkarılıp ülkede genelinde yorum birliği sağlanmış olur. Dönmezer/Erman, s. 206.

⁵⁷ Centel, s. 362; Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, Ankara, 2019, s. 665.

⁵⁸ Adal, s. 91-92;

Alman Hukukunda baskın görüşe göre Yüksek Mahkeme tarafından verilen içtihatları birleştirme kararlarıyla savcılık bağlı değildir (Centel/Zafer, s. 149). Savcı, suç tanımı içeren normu serbestçe yorumlayıp değerlendirebilir (Centel/Zafer, s. 149). Savcının bu hususta kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilmesi de kamu davası açmada mecburiyet ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Alman Hukukundaki bu görüşü benimseyen görüşe göre de Yargıtay Kanunu m. 45 gereği İBK yalnızca mahkemeleri bağlayacaktır (Bkz. Centel/Zafer, s. 149).

⁵⁹ Demirbaş, s. 113; İzzet Özgenc, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara, 2021, s. 77; Adal, s. 91-92;

Yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereği Meclis, söz konusu İBK'nun uygulanmasını fiilen ilga edebilir. Örnek vermek gerekirse telefon hattına girerek karışıklık yaratıp konuşma bedelini karşı tarafa ödeme fiili, Yargıtay'ın 1990 yılında verdiği bir İBK ile hırsızlık suçu teşkil edeceği kabul edilmişti.⁶⁰ Zamanında doktrinsel tartışmalar üzerine kanun koyucu, bu tarzdan fiilleri de içine alacak yeni bir suç tipi olan karşılıksız yararlanma suçunu ihdas ederek söz konusu İBK'nun yürürlük imkanını ortadan kaldırmıştı.⁶¹

İBK'ların bağlayıcılık özelliğini ile hukukun yazılı bir kaynağını temsil etmesi kabiliyeti bakımından Resmî Gazetede yayımlanmaları söz konusudur (2797 sayılı Kanun m. 58).⁶² Resmi Gazetede yayımlanarak öngörülebilir niteliği haiz olan bu kararlar doğrudan uygulanma imkanına sahiptir. Bu kapsamda ise İBK'lar hukukun asli, yazılı ve doğrudan kaynağını oluşturma gücüne sahiptir.⁶³ Sayılan tüm bu yetkiler ise Yargıtay'ın geniş anlamda bir kanun koyucu olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Doktrinde çoğunluk İBK'ları hukukun asli (doğrudan) kaynağı olarak değil tali (dolaylı/dolayısıyla) kaynağı olarak değerlendirmek-

Kuru, 1976 yılına kadar 3 adet içtihatları birleştirme kararının değiştirildiğini ifade etmiştir. Bkz. Baki Kuru, *İçtihatların Birleştirilmesi Yolu İle İlgili Bazı Sorunlar*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977, s. 37 (Aktaran Pekcanitez, s. 395).

⁶⁰ Bkz. YİBK, 1989/2E., 1990/3K., 6.04.1990T.

⁶¹ Kaya Göçmen, "6352 sayılı Kanun'un Karşılıksız Yararlanma Suçuna Etkileri", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2012, S. 3, s. 460.

⁶² Bu kararların kaldırılması esas ve usulleri, YK m. 45'te düzenlenmiştir. İlâveten bu kararların resmî gazete yayımlanmalarının zorunluluğu bunların yürürlüğü ile ilgili değildir. Bu kararlar verildiği anda uygulanmış sayılırlar. Yayımlanma ile amacın İBK'ların ilgililerce öğrenilmesini kolaylaştırmak olduğu söylenebilir (Zafer, s. 109). Ayrıca belirtmek gerekir ki bu kararların mahkemelerce bilenebilirliğinin artırılması adına Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu tarafından verilen bu kararların Adalet Bakanlığı'na en kısa zamanda iletilmesi gerekir. Bu yolla bu kararlar Adalet Bakanlığı tarafından tüm adliyelere dağıtılır. Baytaç, s. 189.

⁶³ Fatih Birtek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2018, s. 38; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara 2021, s. 113; Benzer yönde bkz. Adal, s. 92; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara, 2020, s. 86; İnan, s. 57.

tedir.⁶⁴ Bu görüş genel olarak kanunun İBK'lara bağlayıcılık özelliği vermesinin onları doğrudan doğruya kaynak haline getirmedeğini savunmaktadır.⁶⁵ Ancak hukukun dolaylı kaynağından söz etmek, hukuki bir ihtilafta söz konusu düzenlemeye başvurmanın zorunlu olmamasını ve ihtilafı çözmeye yardımcı olmasını gerektirmektedir.⁶⁶ Bu kapsamda İBK'ları hukukun yardımcı kaynaklarından biri olan doktrinle eş tutmak doğru değildir. Somut bir uyuşmazlığı çözerken hâkim kanunun yorumlanmasında doktrine başvurabilir ve bu kaynaktan yararlanabilir. Ancak İBK söz konusu olduğunda hakim bu kaynağı doğrudan ve aslen uygulamak zorundadır. İlâveten yüksek bir mahkeme tarafından belirlenmiş içtihatlardan yararlanmak hâkimin zamandan ve emekten tasarruf sağlamasında ve onu tek başına sorumluluk almasından kurtulmasına da yardımcı olur.⁶⁷ Benzer olaylarda benzer kararlar verme yönündeki uygulama adaletin eşit gerçekleşmesine imkan da sağlamaktadır.⁶⁸

⁶⁴ Bkz. Koca/Üzülmez, s. 53; Ekrem Çetintürk/ Ali Rıza Töngür, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 42; Doktrinde Demirbaş, İBK'ların adeta kanun hükmünde olduğunu belirtmekte ancak İBK'ları hukukun yardımcı kaynakları arasında incelemekte ve bizzat yardımcı kaynak olduğunu da ifade etmektedir. Bkz. Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2020, s. 112, 113; Mustafa Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 54; Artuk/Gökçen/ Alşahin/Çakır, s. 180-181; Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 39-40; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2020, s. 56-57.

Doktrinde Tosun, hukukun kaynaklarını gerçek ve şekli olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Gerçek kaynak olarak ise günümüzde dolaylı kaynak olarak tarif edilebilecek enstrümanları saymaktadır. Yazara göre içtihatları birleştirme kararları mahkemeleri bağlayan ve yasa gücünde olan kararlardır. Bu kararlar içtihatlar gibi boşlukların ortaya çıkmasına ve bu boşlukların kanun yoluyla doldurulmasına sebep olmazlar. Bu yönüyle içtihatlar gerçek kaynakları oluşturmakta ancak İBK'lar biçimsel kaynakları oluşturmaktadır. Tosun'un bu değerlendirmesi, İBK'ları asli ve hukukun yazılı kaynakları arasında değerlendirdiği sonucuna ulaşmamıza neden olmaktadır. Bkz. Öztekin Tosun, "Hukukun Gerçek Kaynakları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1963, C.XXVIII, S.3-4, s. 629.

⁶⁵ Bu görüşe göre bu kurallarla bir kural ortadan kaldırılmayıp kuralın içeriği, uygulanma şekli ve içeriği değiştirilmektedir. Zafer, s. 108.

⁶⁶ Bkz. Adal, s. 121.

⁶⁷ Güriz, s. 71.

⁶⁸ Güriz, s. 71.

Normlar hiyerarşisinin bir parçası olan İBK'ların uygulamada hiyerarşinin gerektirdiği altlık üstlük ilişkisine uyumunun da araştırılması gerekmektedir. Bu konuda Yargıtay'ın 1941 ve 1989 tarihli İBK'larını incelemek yerinde olacaktır. Yalan yere yemin suçunun ispatı ile ilgili Yargıtay'ın 1940/19E., 1941/12K. ve 2.4.1941T. sayılı içtihatları birleştirme kararında ve açığa atılan imzanın kötüye kullanılması, bedelsiz senedi kötüye kullanma ve bertakip ele geçirilen imzalı kâğıdın kullanılmasının düzenlendiği 765 sayılı TCK m. 509'a ilişkin Yargıtay'ın 1988/1E., 1989/2K. ve 24.3.1989T. sayılı kararında söz konusu suçların ispatında HMK'da geçerli yazılı ispat (ya da senetle ispat) kuralının uygulanacağı öngörülmüştür. Yargıtay burada aynı konuya ilişkin farklı sonuçların doğmaması, çelişkili kararların söz konusu olmaması ve hukuk ve ceza yargısında ikircikli uygulamalara cevaz verilmemesi misyonu ile senetle ispat kuralının ceza muhakemesinde uygulanabileceği alanı belirtmiştir.⁶⁹ Ancak ispat hususunda Ceza Muhakemesi Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu açık düzenlemeler öngörmüştür. CMK m. 217/2'ye (CMUK m. 254/1) göre suç hukuka uygun olarak elde edilen her delil ile ispatlanabilir. CMK m. 217 (CMUK m. 254/1) hükmü ile ceza muhakemesinde geçerli olan ispat sistemi açıkça belirtilmiştir. Anayasa m. 104/17'nin dördüncü cümlesi uyarınca kanunda açık bir şekilde düzenleme altına alınan hususlarda CBK çıkarılamayacaktır. Bu hükümden evlivityle kanunda açıkça düzenlenmiş bir hususa aykırı olarak Yargıtay içtihatları birleştirme kararı veremez.⁷⁰ Bu normlar hiyerarşisinin bir gereğidir. İlaveten adil yargılanma hakkının bir gereği olan CMK m. 217/2 hükmünün kanun dışında başka bir normla sınırlandırılması Anayasamızın 13. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.⁷¹ Bu nedenle Yargıtay'ın verdiği söz konusu içtihatları birleştirme kararları hukukî değildir.⁷²

⁶⁹ Akkaş, s. 46-47.

⁷⁰ Burak Taş, Bedelsiz Senedi Kullanma Suçu (TCK m. 156), Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 168.

⁷¹ Taş, s. 168.

⁷² Ancak bu kanaatimiz, bu kararlarının içeriğinin olması gerekeni yansıtmadığı anlamına gelmemektedir. Burada hukuka aykırı olan Yargıtay'ın bu deontolojik hükmünün İBK ile verilmiş olmasıdır. Bu hususla sınırlı olarak detaylı bilgi için bkz. Taş, s. 168-167.

Normlar hiyerarşisi teorisinde normun yerini tespit etmede Kelsen'in geçerlilik zinciri ölçütüne başvurmak yerinde olacaktır. Geçerlilik zinciri fikri, Kelsen'in normatiflik ve hukuk sisteminin bütünlüğü sorunlarına getirdiği çözümlerin merkezinde yer almaktadır.⁷³ Piramitteki normlardan biri diğerini yetkilendiriyorsa ya da her ikisini de yetkilendiren üçüncü bir norm varsa, iki norm tek bir geçerlilik zincirine aittir. Hukuk sisteminin birliği, tüm normların tek bir geçerlilik zincirine ait olması ve bir geçerlilik zincirindeki tüm normların aynı sistemin parçası olması gerçeğinden oluşur. Normatiflik, bir zincirdeki her bir normun geçerliliğini kendinden öncekinden alması gerçeğiyle sağlanır.⁷⁴ Bu nedenle İBK'lar da kaynağını kanundan aldığı için kanunun altında yer aldığı sonucuna ulaşılmalıdır. Gözler de İBK'ların normlar hiyerarşisinde bütün düzenleyici işlemlerin üstünde bulunduğunu kabul etmektedir.⁷⁵

Doktrinde bir görüşe göre Yargıtay Kanunu, içtihatları birleştirme kararlarının Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağladığını düzenlese bile bu hüküm fiilen bir temenniden öteye gidemeyecektir.⁷⁶ Bu hükmün işlerlik kazanabilmesi için, içtihatları birleştirme kararını veren merciin, bu kararlara uyulup uyulmadığını, hukuken ve fiilen denetleme olanağına sahip olması veya bu denetlemenin her bir somut olayda başka bir mercii tarafından yapılması gerekecektir. Yargıtay Kanunu ise da bu durumu bir düzenleme altına almamıştır. Bu nedenle, İçtihatları birleştirme kararına uyulup uyulmaması, karar verme yetkisine sahip merciin takdirine bırakılmıştır. Ancak somut uyuşmazlığı çözmekle yetkili mercii açıkça veya zımnen içtihatları birleştirme kararına aykırı karar verebilir ve bu durumda hukuken yapılabilecek bir şey yoktur. Bu sorunla uygulamada

⁷³ Joseph Raz, Kelsen's Theory of the Basic Norm, *The American Journal Of Jurisprudence*, Amerika Birleşik Devletleri 1974, C. 19, S. 1, s. 97.

⁷⁴ Raz, s. 97.

⁷⁵ Gözler, s. 191; İdare hukukunda içtihatların normatif değeri daha baskın olduğu için doktrinde bir görüşe göre genel olarak içtihatlar kararnamelerin üstünde kanunların ise altında yer almaktadır. Kararnamelerin üstünde olmasından kasdedilen, içtihatların hukuki gücünün idarenin düzenleme yetkisinin üstünde yer almasından kaynaklanmasındır. Sonuç olarak içtihatlar, idarenin düzenleme yetkisinin üstünde yer alırlar (René Chapus, "De la soumission au droit des règlements autonomes", *Recueil Dalloz*, Paris, 1960, s. 114, Aktaran Güher Ulu, s. 83)

⁷⁶ Kayhan, s. 360.

nadir de olsa karşılaşılmaktadır. Hal böyle olunca, içtihatları birleştirme uygulamasının amacı olan hukuki güvenlik ve eşitlik ilkesi zedelenmiş bulunmaktadır.⁷⁷ Doktrindeki bu görüş söz konusu soruna öneri olarak İBK uygulamasının yargılamanın tarafları özelinde bir kanun yolu olarak işletilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁷⁸ Bu kapsamda somut olayla ilgili olarak içtihat farklılıkları söz konusuysa davanın tarafları olağan bir kanun yolu olarak içtihatların birleştirilerek karar verilmesini talep edebilmelidir. Kanaatimizce bu öneri içtihatları birleştirme uygulamasının amacına aykırı bir sonuç doğurmaktadır. Bu uygulamada meslektaşları arasında daha tecrübeli ve kıdemli olanlar tarafından hukuk temel alınarak içtihat farklılıklarının giderilmesine yönelik ilke kararı belirlenmesi, her somut olayda ayrı ayrı söz konusu olursa bu durumda uygulama birliğinin sağlanması hem uzun zaman alabilir hem de hiç gerçekleşmeyebilir.

Bu başlık altında değerlendirilmesi gereken diğer bir husus, İBK uygulamasının ontolojik açıdan gerekliliği hususudur. Bazı yazarlar İBK uygulamasının hukuk düzenimizden derhal çıkarılması gerektiğini savunmaktadır.⁷⁹ Bunun gerekçesi olarak da İBK uygulamasının Türk hâkiminin kanuna yeni bir yorumda bulunmasına korkar hale getirdiği belirtilmektedir. Bu uygulamanın hâkimlerin içtihat yoluyla hukukun gelişimine katkısını en aza indirdiği de savunulmuştur.⁸⁰ Doktrinde diğer bir görüşe göre ise hukukun kalıplaşmaması ve toplumda değişen gereksinimlere ayak uydurulabilmesi adına çelişkili içtihatlar söz konusu olduğunda doğrudan birleştirme yoluna gidilmemeli, imkan elverdiği durumlarda içtihatların birleştirilmesi yerine içtihatların değiştirilmesi yoluna gidilmelidir.⁸¹ Ancak tarihsel olarak bakıldığında Yargıtay, 1946 yılında verdiği bir İBK⁸² ile döneminde mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yolu kabul edilmemesine rağmen bu kararlara karşı itiraz kanun yolunun uygulanabileceğini

⁷⁷ Kayhan, s. 360.

⁷⁸ Kayhan, s. 361-362.

⁷⁹ Bkz. Özgenç, s. 78 (dn 216); İçtihatları birleştirme kararı uygulamasının gerekliliği ve gelişimi hakkında bkz. Bilge, s. 246 vd.

⁸⁰ Yurtcan, s. 666.

⁸¹ Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 102.

⁸² YİBK, 1946/33E., 1946/6K., 28.3.1946T.

öngörmüştür.⁸³ Adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü bağlamında şüphesiz hak ve özgürlüklerin gelişmesine daha fazla katkı sağlayacak böylesi uygulamalara hukuk düzeninin ihtiyacı vardır. Sonuçta örnekte İBK ile sosyal değişim ve ihtiyaçlara kanundan daha hızlı cevap verilmiştir. Bu veri ise İBK uygulamasının hukuk gelişimini köreltmediği, hukukun dinamik yapısına uygun olduğunu kanıtlamaktadır.⁸⁴

Son olarak farklı kanun dönemlerinde verilmiş İBK'ların geçerli olup olmayacağı hususu da önem arz etmektedir. Örneğin 1412 sayılı CMUK döneminde verilmiş bir İBK, 5237 sayılı CMK döneminde geçerliliğini koruyacak mıdır? Doktrinde ve uygulamada İBK'ların yürürlükte kaldıkları sürece hüküm fıkraları itibariyle bağlayıcılık özelliklerinin geçerliliğini sürdürdüğü kabul edilmektedir.⁸⁵ Ancak bir görüşe göre İBK'nın dayanağını oluşturan kanun değiştiğinde ve

⁸³ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara, 2021, s. 279-280.

⁸⁴ Ceza muhakemesi hukuku açısından olumlu nitelikte benzer yönde bkz. "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 26.05.1935 gün ve 111/7 sayılı "yargılama giderleri hükmün tamamlayıcı parçası olduğundan ilamlarda açıklanmalı, kime yükletileceği belirtilmelidir" ve yine Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 02.05.1966 gün ve 4/3 sayılı "tefhim edilmekle hükmün esasını oluşturan kısa kararda yargılama giderinin miktarı ve kime ne miktarda yükleteceği belirtilerek, sanığın yükümlülüğü öğrenmesinin sağlanması ve bu sayede sanığın yargılama giderlerine karşı temyiz davası açıp açmama hususunda karar verme olanağı tanınması gerektiğini" belirten kararları karşısında, hükmün esasını oluşturan kısa kararda, sanığın yükümlülüğünü öğrenmesi ve buna göre yargılama giderleri yönünden temyiz yoluna başvurup başvurmayacağı hususunda karar vermesine imkan tanımak için, yargılama giderlerinin kime yükleneceğinin ve bu yükümlülüğün ne miktar olacağına belirtilmesi gerektiği gözetilmeksizin kısa kararda yargılama gideri kısmı boş bırakılarak yargılama giderleri ile ilgili miktar açıklanmadan usul ve yasaya aykırı hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş..." Y7.CD, 2021/23071E., 2021/17136K., 14.12.2021T.

⁸⁵ Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -II-, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2022, s. 248 (dn 410); "... daha önce ... 7. Asliye Ceza Mahkemesi'yle ... 34. Asliye Ceza Mahkemesi arasında doğan yetki uyuşmazlığının çözümüne ilişkin Dairemizin 21.10.2019 tarihli, 2019/7716 Esas, 2019/9972 Karar sayılı merci tayini kararının, halen geçerliliğini sürdüren 10.06.1942 gün ve 26-16 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı uyarınca kesin ve uyulmasının zorunlu bulunmasına göre yetki hususu tekrar değerlendirme konusu yapılamayacağından yerinde görülmemen ... 15. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 12.11.2020 gün ve 2020/179 E. 2020/308 K. sayılı yetkisizlik kararının kaldırılmasına..." Y5.CD, 2021/3995E., 2022/45K., 05.01.2022T.

yeni kanun farklı bir hüküm öngördüğünde bu İBK geçerliliğini yitirecektir ve hatta sonradan yürürlüğe giren kanunun söz konusu İBK'yi yürürlükten kaldırdığını ifade etmesinde dahi gerek yoktur.⁸⁶ Buna örnek olarak 1412 sayılı CMUK döneminde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 1962/2E., 1962/1K., 22.01.1962T. sayılı kararında Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurmada hatasının korunmayacağı benimsenmiştir. Ancak 5271 sayılı CMK m. 264/1 ile kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolunun veya merciin belirlenmesinde yanılmanın, başvuranın haklarını ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda gerekçede de aynı yönde bir değerlendirmede bulunulmuştur: *“Tasarı, hâkim ve mahkeme kararlarında hukuka aykırılık ve yanlışlık olabileceğini kabul ve bunlara karşı kanun yollarını açık tutarken, Cumhuriyet savcısı dahil başvuru hakkı olanların da mercide veya kanun yolunun belirlenmesinde yanılığa düşebileceklerini öngörmüş ve bunu karşılamak üzere bu maddeyi getirmiştir. Madde uyarınca, Cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanığın, avukatın, davaya katılanın, yasal temsilcinin veya eşin kabulü gerekli bir kanun yolu istemi salt merciin veya kanun yolunun belirlenmesinde yanılığın nedeniyle, başvuranın hukukunu ihlâl etmeyecek, dilekçe veya tutanağın verildiği merci bunu, zaman yitirmeden, yetkili ve görevli mercie gönderecektir. Cumhuriyet savcılarının yoğun ve ağır bir iş yükü altında bulunmaları nedeniyle yanılığa düşmeleri olasıdır. Öte yandan, Cumhuriyet savcılarının kanun yolu başvurularının toplum yararına, toplumun hukukunu bozan bir durumun düzeltilmesini sağlama amacına yönelik olduğu ve sanık lehine de başvurabilecekleri düşüncesiyle, bu konuda sınırlama koyan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 22.1.1962 gün ve 211 sayılı kararını aşmak üzere, madde açık hüküm getirmiştir.”* Bu nedenle İBK'nın dayanağını oluşturan kanun hükmünün değişmesiyle İBK'nın da geçerliliğini yitirmesi söz konusu olacaktır. Bunun dışında yalnızca kanunun değişmesi İBK'ların yürürlüğüne etki etmeyecektir.

⁸⁶ Bkz. Şahin/Öztürk, II, s. 248 (dn 410).

IV. YARGITAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME HUKUK GENEL KURULUNUN BİRLEŞTİRDİĞİ İÇTİHATLAR İLE İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME CEZA GENEL KURULUNUN BİRLEŞTİRDİĞİ İÇTİHATLAR ARASI BAĞLAYICILIK İLİŞKİSİ

Bağlayıcılık etkisindeki amaç, benzer olaylara ilişkin birbirleriyle çelişen hükümlerin ortaya çıkmasının önlenmesidir.⁸⁷ Nitekim kesin hüküm niteliğinde değerlendirilebilen içtihatları birleştirme kararları kesin hükmün olumlu etkisi olan bağlayıcılık özelliği sayesinde çelişkili kararların ortaya çıkmasını önlemektedir. Ayrıca içtihatların birleştirilmesi önceki kararlardan bağımsız olup genel kurulların veya dairelerin kararlarında yer alan gerekçe ve görüşleri ile bağlı olmadan uyumsuzluğun başka bir gerekçe veya görüş ile karara bağlanması mümkündür.⁸⁸ Böylece çelişkinin önüne geçilmiş olunur. Bu işlevi ile bu kararlar hukuk güvenliği ilkesine de hizmet etmektedirler.⁸⁹ Hukuk düzeninde kişilerin haklarında uygulanacak hukuk kurallarını

⁸⁷ Akkaş, s. 173.

⁸⁸ Baytaç, s. 189.

⁸⁹ İçtihatları birleştirme kararı ile hukuki güvenlik ilkesi arası ilişki için bkz. "Yargıtay, ülkede içtihat birliğini de gerçekleştirmekle görevlidir, çünkü hâkimlerin belli olaylarda uyguladıkları yasaları ve öbür hukuk kurallarını kendi kamlarına göre başka başka biçimde yorumlamaları olanağı bulunduğuundan, mahkemelerin benzer olaylarda verdikleri kararlar arasında çelişmeler doğabilmekte ve bu çelişmeler Anayasa'nın 12. maddesinde tanınan yasa önünde eşitlik ilkesini zedelemekte ve bundan dolayı içtihatlar arasında birlik sağlama zorunluğu ortaya çıkmaktadır. Anayasa'nın 139. maddesi hükmü ile 12. maddesi hükmü bir arada düşünülünce, Yargıtay'ın anayasal görevleri arasında içtihat birliğini sağlama görevinin bulunduğu da açıkça görülmektedir. Yargıtay'ın, gerek alt mahkemelerin verdikleri kararları denetlemek görevini, gerekse hukuk kurallarının yorumlanmasında birliği gerçekleştirme, başka deyimle, çelişmeleri önleme görevini yapabilmesi için, verdiği kararların hiç değilse bir bölümünün mahkemeleri bağlayıcı kararlar olması gerekmektedir. Gerçekten Yargıtay kararlarının hiç değilse bir bölümüne bağlayıcı nitelik tanınmayacak olursa, Yargıtay görüşünün benimsenmesi, mahkemelerin iradesine bağlı kalacak ve Yargıtay'ın durumu, danışma yolu ile karar veren bir yer olmaktan ileri gidemeyecektir. Sosyal açıdan adaletin en önemli gereklerinden birisi, belli olaylara belli hükümlerin tek anlamda olmak üzere uygulanmasıdır. Demek ki aynı nitelikteki olaylara başka başka hükümlerin ya da aynı hükmün başka başka biçimlerde uygulanması, doğrudan doğruya adalet duygusunu İncitici ve yurttaşların Devlete karşı güvenini azaltıcı ve yerine göre temelden sarıncı bir etki doğurmaktadır. İşte sosyal bakımdan çok ağır olan bu sakıncayı önlemek üzere Anayasa, Yargıtay'a, adli yargı alanında hukuk uygulamalarında birliği sağlamak görevini dahi vermiştir. Özet olarak denilebilir ki, içtihadı birleştirme kararları vermek yetkisi ve bu kararların bütün mahkemeler için bağlayıcı olmak niteliği, bir bakıma Anayasa'nın 139 ve 12. maddeleri hükümlerinin uygulanmasını sağlamaya elverişli tedbirlerdendir." Akkaş, s. 174.

bilmeleri kadar bu kuralların ne şekilde yorumlanacağını da bilmeleri gerekmektedir. Bu belirlilik ise yalnızca kanunla değil mahkeme içtihatlarıyla da sağlanabilir. AYM bir kararında *“Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de “belirlilik”tir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır”* demekle bu hususu açıkça ortaya koymuştur.⁹⁰ İlaveten belirtmek gerekir ki İBK’lar hukuki güvenliği sağlamada önemli bir rol üstlendikleri kadar hakimlerin keyfilikliğini önlemede de önemli bir rol oynamaktadır.⁹¹

Doktrinde bir görüşe göre Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun verdiği içtihatları birleştirme kararları (YK m. 15/2-b) bütün hukuk daireleri ile Hukuk Genel Kurulunu bağlamakta iken ceza daireleri ile Ceza Genel Kurulunu bağlamayacaktır.⁹² Nitekim bu kararın alınmasında Ceza Genel Kurulu ile ceza daireleri katılmamıştır.⁹³ Aynı durum tersi için de geçerlidir. Örnekle açıklamak gerekirse Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ceza Genel Kurulunun 1954/23E., 1957/15K. ve 20.05.1957T. sayılı kararında kız kaçırma üzerine evlenme hususu ile ilgili belirlemelerde bulunulmuştur. Burada yukarıdaki görüş kabul edildiğinde hukuk daireleri ile Hukuk Genel Kurulu, bu görüşe göre söz konusu İBK ile bağlı olmayacaktır; nitekim kararın verilmesine katılmamıştır.

Kanaatimizce bu görüş İBK uygulamasının temel işlevi olan hukukta birlik idesine aykırıdır. Burada doktrindeki hukuk mahkemesi ile ceza mahkemesi kararları arası bağlayıcılık tartışmasını⁹⁴ Yargıtay Genel Kurullarına uyarlamaktan ziyade kanımızca İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun içtihatları birleştirme usulüne işlerlik

⁹⁰ AYM, 2017/117E., 2018/28K., 28.2.2018T. Birtek, s. 45.

⁹¹ Çetintürk/Töngür, s. 42.

⁹² M. Kürşat Coşkun, *“İçtihatların Birleştirilmesi”*, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2001, C.59, S.1, s. 124.

⁹³ Coşkun, s. 124.

⁹⁴ Söz konusu tartışmalar ile ilgili bkz. Fethullah Soyubelli, *Ceza ve Hukuk Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi*, Hâkim Yayınları, Ankara, 2013.

kazandırmak gerekir. Birbiri ile çelişkili sonuçların doğmasına sebep olan Hukuk Genel Kurulu'nun birleştirdiği içtihatlar ile Ceza Genel Kurulu'nun birleştirdiği içtihatların Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından birleştirilmesi ve yeknesak uygulamanın sağlanması ile sorun çözülebilecektir. Bu nedenle kurullar arası bağlayıcılık tartışması yapmak İBK uygulamasının amacı kapsamında doğru bir sonuca ulaştırmayacaktır. Bununla birlikte Hukuk veya Ceza Genel Kurulu tarafından içtihatlar birleştirilebilecekse bunun Büyük Genel Kurul tarafından yapılmamalı, bu hususa aykırı uygulamaların Yargıtay Kanunu m. 16/5'e aykırılık teşkil edeceği hususu göz ardı edilmemeli, aradaki denge doğru bir şekilde kurulmalıdır.⁹⁵

Bu başlık altında kurullar arası bağlayıcılık ilişkisinden bahsetmek gerekmektedir. Yargıtay Kanunu m. 15'e göre ceza daireleri arasında içtihat uyuşmazlıkları bulunursa veya Yargıtay dairelerinden biri; yerleşmiş içtihadından dönmek isterse, benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa Yargıtay Ceza Genel Kurulu bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlayabilmektedir.⁹⁶ Burada daire içtihatlarını birleştiren Ceza Genel Kurulunun kararlarının bağlayıcılığı hususunda Yargıtay Kanunu m. 45/5'teki gibi bağlayıcılık etkisinin kapsamından açıkça söz edilmemiştir. Yargıtay İç Yönetmeliği'nde de bu husus düzenlenmemiştir. Kanımızca burada m. 45/5 ile m. 15'in uygulanmasını birlikte değerlendirmek gerekmektedir. İki hükümde de kararların kesinliğinden söz edilmekte ve iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde içtihatları birleştiren Ceza Genel Kurulunun kararının Yargıtay dairelerini ve adliye mahkemelelerini bağlayacağı sonucuna ulaşmak gerekmektedir.⁹⁷ Nitekim Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesi, içtihatları birleştirme kararlarının bağlayıcılığı ile ilgili olarak Yargıtay Büyük Genel Kurul İçtihatları birleştirme

⁹⁵ Aynı yönde bkz. Bilge Umar, "Tek Oy Farkıyla Çıkabilen Olmayacak Bir İçtihadı Birleştirme Kararı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2014, C. 16, Özel Sayı (Hakan Pekcanitez'e Armağan), s. 510.

⁹⁶ Doktrinde ceza veya hukuk dairelerinden oluşan genel kurula "Küçük Genel Kurul" tanımlamasında bulunan görüş için bkz. Mesut Bedri Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 72.

⁹⁷ Hukuk Genel Kurulu'nun içtihatları birleştirme kararları üzerindeki bağlayıcılık hususu "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Birleştirdiği İçtihatlar İle Ceza Genel Kurulunun Birleştirdiği İçtihatlar Arası Bağlayıcılık İlişkisi" başlığında tartışılacaktır.

kararları ile Hukuk ve Ceza Genel Kurulları içtihatları birleştirme kararları arasında bir ayırım yapmamıştır.⁹⁸ Hukuk ve Ceza Genel Kurulları içtihatları birleştirme kararları da Yargıtay Büyük Genel Kurulu İçtihatları Birleştirme Kararlarında olduğu gibi benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlayacaktır.⁹⁹

Son olarak Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları ile Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları arası ilişkiden de söz etmek gerekmektedir. 2017 Anayasa değişikliği ile birlikte Askeri Yargı kolu hukuk düzenimizden çıkarılmıştır. Bu kapsamda askeri mahkemeler ve Askeri Yargıtay kaldırılmıştır. Ancak Askeri Ceza Kanunu halen yürürlüktedir. Bu nedenle de Askeri Yargıtay tarafından veilmiş daireler kurulu, daire ve içtihatları birleştirme kararları yürürlüklerini korumaktadır.¹⁰⁰

Askeri Yargıtay tarafından birleştirilen İBK'lar ile Yargıtay İBK'ları arasında etkinin kapsamı belirlenmiş değildir. Mülga Askeri Yargıtay Kanunu "*İçtihatları birleştirme kararlarının etkisi*" başlıklı m. 32'de içti-

⁹⁸ İnan, s. 60.

⁹⁹ İnan, s. 60.

¹⁰⁰ Fahrettin Demirağ, *Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri ve Adli Yazışmalar*, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2021, s. 124;

"Taksirle öldürme suçu nedeniyle sanıklar ... hakkında ... Ordusu Komutanlığı Askeri savcılığının 25.12.2009 tarihli iddianamesi ile ... Ordusu Komutanlığı Askeri Mahkemesi'nde kamu davası açıldığı ve mahkemece 01.12.2015 tarih 2013/30 esas 2015/665 sayılı kararla sanıkların mahkumiyetlerine karar verildiği, anılan kararın sanık... .., Tbp. Bnb. ... müdafii, sanık... .. müdafii ve katılanlar ... ve Teslime Kaymak vekili tarafından temyiz edildiği, Askeri Yargıtayın 22.02.2017 tarih 2016/567 esas 2017/80 sayılı kararı ile bozulduğu, 27.04.2017 tarih ve 30050 sayılı Resmi Gazetenin Mükerrer sayısında yayımlanan Yüksek Seçim Kurulu'nun 27.04 2017 tarihli ve 663 sayılı kararına göre 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun ... oylaması sonucu kabul edildiğinin ilan edildiği, Anayasa değişikliği uyarınca askeri mahkemeler kaldırılarak, 926 sayılı Kanun'a eklenen geçici 45. madde ile Askeri Mahkemelerde bulunan dosyaların ne şekilde devredileceğinin düzenlendiği buna göre de Askeri Yargıtay'da bulunan dosyaların Yargıtaya devredileceği hüküm altına alınarak dosyanın ... Asliye Ceza Mahkemesi'ne gönderildiği ve Askeri Yargıtay bozma ilamından sonra ... 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nce yargılamaya devam olunarak sanıklar hakkında taksirle öldürme suçundan kurulan mahkumiyete ilişkin hükümler sanık ... müdafii, sanık ... ile katılanlar vekili tarafından temyiz edilmekle..." Y12.CD, 2021/4332E., 2021/8911K., 15.12.2021T.

hatları birleştirme kararları benzer olaylarda Askeri Yargıtay Daireler Kurulu ile daireleri ve askeri mahkemeler ile disiplin mahkemelerini bağlayacağı düzenlenmişti. Bu kapsamda Kanun yürürlükte olduğu süreç boyunca Askeri Yargıtay İBK'ları Yargıtay İBK'larına etkili olmadığından yürürlükteki İBK'lar arasında da etki sorununun olmadığını savunmak yanlış olmayacaktır.

V. İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME UYGULAMASININ HAKİMLERİN BAĞIMSIZLIĞI İLKESİ İLE İLİŞKİSİ

Doktrinde bazı görüşlere göre Yargıtay'ın içtihatları birleştirme uygulaması hakimlerin bağımsızlığı ilkesiyle çelişmektedir.¹⁰¹ Bu görüştekilere göre yüksek mahkeme hakimlerinin önceden genel nitelikte emir ve talimat vermeleri, serbestçe karar vermeleri gereken hakimlerin bağımsızlığı ilkesine aykırıdır.¹⁰² Nitekim hakimlerin İBK'nın uygulanması gereken bir olayda yorum yetkisi elinden alınmıştır; hakimlin özgür iradesi ile bağımsız olarak karar verebilmesi, İBK'ların bağlayıcılık etkisi gereği mümkün olmayacak ve bu uygulamanın Anayasaya aykırı olduğunun kabul edilmesini gerektirecektir.¹⁰³ Ancak belirtmek gerekir ki İBK uygulamasının Anayasaya aykırı olduğunu savunan görüş, İBK uygulamasının eşitlik ilkesi temelinde ülke genelinde hukuk uygulamasında birliğin sağlanması amacının önemli olduğu; ancak kanun niteliğinde olmayan, uygulamadaki çelişkileri gidermeye dönük yargısal yorum aracı olarak kabul edilmesi gereken İBK'ların bağlayıcılığının olmaması gerektiğini savunmaktadır.¹⁰⁴

Bugün için bakıldığında bazı hukuk sistemlerinde, örneğin Fransa'da içtihatları birleştirme uygulamasına son verilmiştir; bu hususta mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi önemli rol oynamıştır.¹⁰⁵

¹⁰¹ Zafer, s. 108; Aydın H. Tuncay/Orhan Özdeş/Recep Başpınar, "İdari Yargılama Usulü", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Danıştay Yayını, Ankara, 1968, s. 705; Eryılmaz, s. 405; Bahri Öztürk/M. Ruhan Erdem/Durmuş Tezcan/E. Erden Tütüncü/Esra Alan Akcan/Ö. Sırma Gezer/ Yasemin Saygılar Kırıt/Özdem Özaydın/Derya Altınok Villemin/M. Can Tok, Ceza Muhakemesi Hukuku (Nazari Ve Uygulamalı), Seçkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2021, s. 197.

¹⁰² Öztürk vd., s. 197.

¹⁰³ Baytaz, s. 192.

¹⁰⁴ Bkz. Baytaz, s. 192.

¹⁰⁵ Aydın/Özdeş/Başpınar, s. 705.

Özellikle görevlerinde hukuk, kanun ve vicdani kanaatlerinden başka hiçbir şeye bağlı olmamaları gereken hâkimlerin, meslektaşlarının bazı durumlarda bir oy farkla ortaya çıkan görüşlerine katılmak zorunda bırakılması, özgürce karar vermelerinin önüne set konması, hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi ile taban tabana zıttır.¹⁰⁶ Anayasa m. 138, hakimin hukuka göre karar vereceğini belirtirken verilecek kararın kanuni bir temele sahip olmasını aramakla kanuna aykırı kararların verilmesini de önlemeyi amaçlamaktadır.¹⁰⁷ İlaveten İBK'ları bir yasa-yetkisinin tezahürü olarak gören görüşe göre bu uygulama yargı yetkisinin Türk Milleti adına kullanılabileceğini öngören Anayasa m. 9 hükmüne ve yasa-yetkisinin TBMM'ye ait olduğunu düzenleyen Anayasa m. 7'ye de aykırıdır.¹⁰⁸ Ayrıca bu görüşe göre İBK uygulaması, hakimin bu vazifesi ve hakkını elinden almaktadır.¹⁰⁹ Kanaatimizce hakimlerin karar verme özgürlüğünü ilk bakışta engellediği düşünülen İBK uygulamasının hakimlerin bağımsızlığı ilkesini zedelediği sonucuna ulaşmak doğru değildir. Hakimin yargılama organına karşı da bağımsız olduğu göz önünde bulundurulduğunda hakimler birbirlerinin hukuki görüşleri ile bağlı değildir.¹¹⁰ Yüksek mahkemenin hakimi bağlayıcı karar verebilmesi bağımsızlığa aykırı bir uygulama olmayıp uyumsuzluğun bir noktada sona erdirilmesi gerekliliğinin ve hukuk düzeninde birliğin sağlanabilmesinin bir neticesi olarak değerlendirilmelidir.¹¹¹ İlaveten İBK uygulamasının kanun koyucuya esin kaynağı oluşturması işlevi ve hukuk güvelliğini sağlaması yönündeki katkısı göz önünde bulundurulduğunda bu uygulamanın önemini ortaya koymaktadır.¹¹² Nitekim Anayasa Mahkemesi de İBK uygulamasını anayasaya, kuvvetler ayrılığı ilkesine ve hakimlerin bağımsızlığı ilkesine aykırı bulmamıştır.¹¹³

¹⁰⁶ Yurtcan, s. 139; Aydın/Özdeş/Başpınar, s. 705; Aynı yönde Zafer, s. 108, Özca

¹⁰⁷ Yurtcan, s. 666.

¹⁰⁸ Bkz. Kayhan, s. 361.

¹⁰⁹ Yurtcan, s. 666 Aksi yönde bkz. Akil, s.17.

¹¹⁰ Şahin/Öztürk, I, s. 220.

¹¹¹ Şahin/Öztürk, I, s. 220; Hukuka uygunluğun bütün hukuk düzenine uygun olduğu gerçekliği karşısında ceza mahkemesi haricindeki bir yargılama merciinin kesin olarak hukuka uygun olarak değerlendirdiği bir vakia ceza muhakemesi bağlamında hukuka aykırı olarak değerlendirilmemelidir. Şahin/Öztürk, I, s. 220.

¹¹² Özbek/Doğan/Bacaksız, Muhakeme, s. 86.

¹¹³ Bkz. AYMK, 1969/38E., 1969/34K., 12.6.1969T. Özbek/Doğan/Bacaksız, Muhakeme, s. 86.

Doktrinde bir görüşe göre¹¹⁴ Anayasa m. 138'deki sıraya göre vicdani kanı etkeni, en son sırada düzenlenmiştir. Bu ise ilke olarak anayasa, kanun ve hukuk kuralları çerçevesinde edinilecek vicdani kanının yargıya temel tutulacağını göstermektedir ki hâkimin anayasaya, kanuna ve hukuk kurallarına uymayan bir vicdani kanısından ve bu yönden anayasaya aykırılıktan bahsedilemeyecektir.¹¹⁵ Çalışmada birçok kez bahsettiğimiz faydaları karşısında ülkede hukuk birliğini oluşturma ve hukuk güvenliğini sağlama amacına dönük İBK uygulaması teknik açıdan sorunlu bir uygulama değildir.¹¹⁶ Hukukun nasıl uygulanması gerektiğine yönelik deneyimli hakimlerden oluşan Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu tarafından yol gösterici bir kural yaratılması doğru karar verilmesinin sağlanması açısından önemlidir.¹¹⁷ Ceza mahkemesi dışında bir yargılama makamının kesin bir kararla hukuka uygun bulduğu bir olgu hukuk düzeninin tümüne uygunluk olarak değerlendirilmeli ve İBK uygulaması hukuka aykırı kabul edilmemelidir.¹¹⁸ İBK ile hakimlere; anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdanlarına aykırı karar vermeleri beklenmez. Yargıtay'ın burada amacı uygulamada yorum birliğini sağlamakla hukuk güvenliği ilkesine işlerlik kazandırmaktır. Hukukta kesinliği bulmanın imkansızlığı¹¹⁹ karşısında en azından bir noktada uygulama birliği ile bunu sağlamaya çalışan bu uygulamanın soyut bir değerlendirme ile hukuka aykırı bulunması kanımızca doğru değildir. Kaldı ki bu uygulamanın hakimlerin bağımsızlığı ilkesine aykırı olduğu kabul edilip bağlayıcılık etkisi bertaraf edilirse Yargıtay, danışma yoluyla karar veren bir merciiden öteye geçemeyecektir.¹²⁰ Kanaatimizce bu nedenlerle içtihatların birleştirilmesi uygulaması, hakimin bağımsızlığı yahut kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmez.¹²¹

¹¹⁴ Akil, s.17.

¹¹⁵ Akil, s.17.

¹¹⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, Genel, s. 113.

¹¹⁷ Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 18. Baskı, İstanbul, 2020, s. 44; Özbek/Doğan/Bacaksız, Genel, s. 113.

¹¹⁸ Cumhur Şahin/Neslihan Öztürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara, 2020, s. 238.

¹¹⁹ Benjamin Cardozo (Çev. Muzaffer Dülger/Sedat Erçin), Yargı Sürecinin Doğası, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 100.

¹²⁰ Centel/Zafer, s. 44.

¹²¹ Aynı yönde bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, Genel, s. 113.

VI. YARGITAY İÇTİHA TLARI BİRLEŞTİRME KARARLARININ ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

İçtihatları birleştirme kararları, içtihatları birleştiren yüksek mahkemenin başında bulunduğu yargı kolu için bağlayıcı niteliğe sahiptir (YK m. 45/5). Bu kararlar kesin hüküm etkisine sahiptirler. Bu nedenle verildikleri andan itibaren sonraki davalar için bağlayıcı nitelikte olurlar.¹²² İçtihatları birleştirme kararından önce kesinleşmiş bulunan mahkeme kararları ise bu karardan etkilenmeyecektir.¹²³

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 4/11 sayı ve 15.6.1949 tarihli bir kararında; içtihatları birleştirme kararına dayalı olarak istikrar bulmuş bir şekilde uygulanan içtihatlar bakımından kesin hüküm teşkil eden kararlar hakkında karar düzeltme yoluna gidilemeyeceğini kararlaştırmıştır.¹²⁴ Karar düzeltme yolunun kaldırılmasına rağmen söz konusu karar içeriği bağlamında geçerliğini sürdürmektedir. Bu kapsamda lehe bile olsa İBK'lar geçmişe yürümecek, derhal uygulanacaktır.¹²⁵

TCK m. 7/2 uyarınca lehe olan kanunlar kesin hüküm meydana getiren kararların dayandığı olaylar kapsamında geçmişe etkilidir. Ancak söz konusu İBK ile lehe bir uygulama sonucuna yönelik olsa dahi içtihatları birleştirme kararlarının geçmişe yürürlüğü kabul edilmemektedir.¹²⁶ Bu ise bu tür kararların karma niteliğinden kaynaklanmaktadır.¹²⁷ İlaveten İçtihatları birleştirme kararlarının geri yürümemesinin dayanaklarından birisi de bu usulün bir kanun yolu olmaması ve İBK'ların bir kural olmasıdır.¹²⁸

¹²² Akkaş, s. 173.

¹²³ Bilge, s. 266.

¹²⁴ Yiğit Yeniye tişme, Suç Politikasının Ana İlkeleri Açısından Türkiye'de Ceza Hukuku Değişimleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020, s. 129; Turhan Tufan Yüce, Ceza Hukuku Dersleri Cilt:1, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa, 1982, s. 132.

¹²⁵ Centel/Zafer, s. 66; Aynı yönde bkz. Burak Küpeli oğlu, Ceza Hukuku Bağlamında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 212.

¹²⁶ Muhammed Emre Tulay, "Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2016, C.22, S.3 (Cevdet Yavuz'a Armağan), s. 2730; Dönmezer/Erman, s. 207, dn. 634.

¹²⁷ Dönmezer/Erman, s. 207, dn. 634.

¹²⁸ İnan, s. 64.

Doktrinde genel olarak içtihatları birleştirme kararlarının geçmişe yürütülmemesinin, hakkaniyete uygun olmayan durumlara sebebiyet verdiği savunmaktadır.¹²⁹ Bu görüşe göre yeni İBK, içtihadı değiştirmişse bu durum önceki içtihadın hatalı olduğunu, kanuna aykırı olduğunu gösterir.¹³⁰ Bu nedenle hatalı bir anlayış sebebiyle lehe olan ve geçmişe yürümeyen İBK uygulaması ile geçmişe yürüseydi verilecek ceza arasındaki farkın bu cezayı çekecek olan hükümlülere nasıl izah edileceği hususu göz ardı edilmektedir.¹³¹

Lehe İBK'ların geçmişe yürümesi gerektiğini savunan görüş, İBK'ların geçmişe yürümezlik özelliğinin yine bir İBK ile değil ancak ve ancak kanunla kazandırılabilceğini savunmaktadır.¹³² Bu görüş İBK'ların kanunla eşdeğer olmamasından hareketle TCK m. 7/2'ye bir ekleme yapılarak kanun ile beraber İBK'lerin de lehe uygulama ilkesine dâhil edilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹³³ Aynı yönde diğer bir görüş ise TCK m. 7/1'de yer alan "kanun" ifadesini, "ceza hukuku kaynağı" olarak yorumlayarak içtihatları birleştirme kararlarındaki değişiklikler fail lehine sonuç doğuruyorsa, yeni durumun geçmişe yürü-

¹²⁹ Faruk Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, Sevinç Matbaası, 4. Baskı, Ankara, 1973, s. 74; Demirbaş, s. 146; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 22. Baskı, Ankara, 2019, s. 80; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır ise gerekçe belirtmeden Yargıtay'ın söz konusu karara iştirak etmediklerini belirtmişlerdir. Bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 202; Yüce, s. 132-133.

İdare hukukunda içtihatları birleştirme kararlarının geçmişe yürümemesine ilişkin eleştiriler için bkz. "mevzuatta, aykırı kararlarla ilgili kişilerin içtihadın birleştirilmesinden ne şekilde yararlanacağına ilişkin düzenleme olmaması sebebiyle lehine karar verilen ilgililer, kararlar kesinleştiği için içtihadı birleştirme kararlarının sonuçlarından yararlanamamaktadır. Adalet ve hakkaniyet böylece hukuki kesinlik ve hukuki istikrara feda edilmektedir. Oysaki adaletin sağlanmadığı durumlarda istikrarlı bir düzenin gerçekleşmesi de mümkün görünmemektedir." Yıldız Akgül, s. 57-58;

¹³⁰ Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 1: Genel Hükümler*, Sevinç Matbaası, 11. Baskı, Ankara, 1976, s. 141.

¹³¹ Erem, s. 141; Önder ise kişilerin kanuna olan saygısının korunması için lehe İBK'ların geçmişe yürümesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. Önder, s. 85-86.

¹³² Gedik/Koç, s. 162.

¹³³ Tulay, s. 2730; Doktrinde Gedik/Koç, kanun değişikliği yerine geliştirilebilecek olan ilkesel bir formül ile de bu yönde bir uygulamanın önünün açılabilceğini savunmaktadır. Bu yolla pozitif hukuk anlayışının tutucu yönünün bir nebze yumuşatılabileceği kanaatindedir. Gedik/Koç, s. 162.

tülmesi gerektiğini savunmaktadır.¹³⁴ Ancak İBK'lar kanun gücünde¹³⁵ olmakla birlikte normlar hiyerarşisi teorisinde kanun olarak değerlendirilemezler. Kanun gücünde uygulanırlığı olan CBK nasıl kanun olarak değerlendirilemiyorsa İBK'lar da kanun olarak değerlendirilemez.

Alman hukukuna bakıldığında içtihat değişiklikleri bakımından geçmişe yürüme kabul edilmemektedir; nitekim kanun değişmediği için içtihat failin aleyhine bile değişse yine uygulanabilecektir.¹³⁶ Nitekim burada kanun değil kanunun yorumu değişmektedir.¹³⁷ Ancak bu halde fail bakımından kaçınılmaz hukuki hata hükümleri (TCK m. 30/4) uygulanabileceği savunulmaktadır.¹³⁸ Gerçekten de kişilerin ceza sorumluluğuna negatif bir etki yapan yeni İBK'ların uygulanması noktasında haksızlık yanılığının uygulanabilirliği araştırılabilir. Kişi işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşebilir; ancak bu bilgisizlik İBK'nın yeni uygulaması kapsamında değerlendirilebilir mi?

Haksızlık yanılığı uygulamasında "kaçınılmazlık" değerlendirmesinde bilgi toplamanın kapsamında mahkeme içtihatları da yer al-

¹³⁴ Tulay, s. 2730; Demirbaş, 112-113.

¹³⁵ "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 05.02.2021 günlü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 16.10.2020 gün, 2018/4 esas ve 2020/2 karar ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.06.2021 gün, 2021/21-297 esas ve sayılı kararlarında belirtildiği üzere, kanun hükmünde olan içtihadı birleştirme kararlarının (dahil) kesinleşmiş kararlar hakkında uygulanamayacağı, diğer bir ifadeyle geçmişe yürütülemeyeceği kabul edilmiştir." Y6.CD, 2021/24968E., 2021/20469K., 28.12.2021T.; Aynı yönde "... yargı yerlerince bu kararlara aykırı olarak verilmiş ve kesinleşmiş olan kararlar hakkında, sonradan verilmiş olan içtihadı birleştirme kararına dayanılarak yargılamanın yenilenmesi istenemez. Bu husus senelerden beri idari ve adli yargının verdiği çok sayıda kararla doğrulanmış ve içtihadı birleştirme kararlarının geriye yürümezliği hukukun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilmiş bulunmaktadır." Danıştay İBK, 1992/1E., 1993/2K., 10.06.1993T. Karar için bkz. Çıtak, s. 143 (dn 211).

¹³⁶ Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım-Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı*, (Ed. Yener Ünver), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 21-22

¹³⁷ Heinrich, s. 22; Zeynel Kangal, "Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2010, C.1, S.1, s. 797.

¹³⁸ Heinrich, s. 22; Burada "ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" kuralı (TCK m. 4) İBK'lar bakımından işlerlik kazanamayacaktır. Nitekim İBK'lar kanun niteliğini haiz değildir ve bir yasama işlemi olarak da değerlendirilemezler.

maktadır.¹³⁹ Doktrinde, kanun yolu denetimi yapan yüksek mahkeme içtihatlarına göre fiil hukuka aykırı olarak değerlendirilmişse ve fail bu içtihatlarla ilgili bilgi sahibi değilse inceleme yükümlülüğünü yerine getirmediği ve bu kapsamda da haksızlık yanılığının kaçınılabilir nitelikte olduğu savunulmuştur¹⁴⁰ ancak İBK kapsamında bir değerlendirmede bulunulmamıştır. Kanaatimizce İBK'da fiilin hukuka aykırı olup olmadığı değerlendirmesinde bulunulamaz. Fiilin hukuka aykırı olduğu belirlenmesinde bulunmaya sadece kanun koyucu yetkilidir. Bu nedenle failin fiili işlediği sırada fiilin hukuka aykırı olmadığına yönelik İBK'nın sonradan değişip failin aleyhine sonuç doğuracak biçimde fiili hukuka aykırı olarak değerlendirmesi hali ihtimal dışıdır. Bir İBK'ya dayalı olarak fiilin haksızlık teşkil etmediği hususunda hataya düşülmesi mümkün değildir. Nihayetinde İBK'ların zaman bakımından uygulanmasında haksızlık yanılığısı hükümlerinin işlerlik kazanamayacağı kanaatindeyiz.¹⁴¹

Kanun koyucu İBK'ların geçmişe yürüyüp yürümemesi hakkında bir düzenleme ihdas etmemiştir. Kanun koyucunun bu konuda sessiz kalması, doktrinde genel olarak lehe İBK'ların geçmişe yürümesi gerektiğine yönelik çoğunluktaki görüşü benimsemediği sonucuna ulaşılabilir.¹⁴² İçtihatların birleştirilmesi usulünde amaç uygulama birliğini oluşturmak¹⁴³ iken lehe bile olsa bu kararların geçmişe yürümesini kabul etmek bu kurumun doğası ile bağdaşmamaktadır. Bu kapsamda kişilerin cezalandırılabilirlik alanına etki eden ve hukukun asli kaynaklarından birini oluşturan İBK'ların lehe dahi olsa geçmişe yürümeyeceğine dair kanun koyucunun örtülü iradesi ile Yargıtay uygulamasının yerinde olduğu kanaatindeyiz. Kaldı ki Yargıtay Kanunu içtihatların birleştirilmesini usulünü oldukça sıkı şartlara bağlamıştır. Kişilerin cezalandırılabilirliği ile ilgili hususlarda İBK'ların kolay bir şekilde değişmesi söz konusu değildir. İlâveten suçta ve cezada kanu-

¹³⁹ Neslihan Göktürk, Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 164.

¹⁴⁰ Göktürk, s. 165.

¹⁴¹ Aksi yönde bkz. Kangal, s. 798.

¹⁴² Özbek/Doğan/Bacaksız, Genel, s. 131.

¹⁴³ Ayrıca belirtmek gerekir ki hukuka aykırılık değerlendirmesinde İçtihadı Birleştirme Kararları da dahil olmak üzere tüm pozitif kurallara aykırılık dikkate alınmaktadır. Öztürk vd., s. 419 (dn 310).

nilik ilkesi bu duruma cevaz vermemektedir. İBK'ların geçmişe yürümemesi, uygulama birliğinin sağlanmasına yönelik fayda ilkesine dayanmaktadır.¹⁴⁴ Kişilerin lehine veya aleyhine ceza sorumluluğunu belirlemek İBK'ların amacı ve görevi değildir.

SONUÇ

İçtihatları birleştirme kararı somut olayda uygulanması gereken hukuk kuralının benzer diğer davalarda farklı yorumlanarak uygulanması halinde, yüksek bir mahkeme tarafından bağlayıcı olacak biçimde benzer olaylarda uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesi ve tekdüzeliğin sağlanmasına yönelik yargısal faaliyetlerdir.

İçtihatları birleştirme kararları ile somut olayda ortaya çıkan uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla değil benzer olaylarda olaya uygulanacak hukuk kuralının yorumlanmasında ve belirlenmesinde ülkede içtihat birliğinin sağlanması amaçlanır. Burada, somut olaylarda subjektif ve olaya özel kararlar değil benzer davalarda uygulama birliğini sağlayabilmek adına objektif ve herkese hitap edecek şekilde genel nitelikte kararlar verilir. Bu kapsamda doktrinde İBK'ların yasama faaliyeti niteliğinde olduğu görüşü doğru değildir. Bu kararların hukuki niteliği en genel ifade ile "yargısal yorum aracı" olarak nitelenebilir. İBK'lar ile uygulamada ilke kararı niteliğine sahip olmaları itibarıyla farklı yorumların birleştirilerek yeni bir kural yaratılması faaliyeti değildir. Nitekim yüksek mahkemelerin bağlayıcı kuralları ihdas etmesi ve bunların uygulanması yoluyla belirlenen hukuk esasları da hukuk kuralı olarak değerlendirilebilir. Nitekim bu kararlar normlar hiyerarşisinin bir parçası olmakla birlikte genel ve olaya özgü soyut düzenleme içermektedir. İBK'ların mahkeme kararı niteliğinde ve kanun gücünde olması ancak yasama işlemi niteliğinde olmaması, bu kararların sui generis nitelikte olduğunun kabul edilmesini gerektirmektedir.

İçtihatları birleştirme kararları hukuk düzeninde yeni bir kural yaratmamakla birlikte mevcut kuralın nasıl yorumlanacağını belirtmektedir. Bu ise hukukun asli alanına bir müdahale teşkil etmektedir.

¹⁴⁴ Doktrinde Şahin/Öztürk, gerekçesinin belirtmeksizin lehe İBK söz konusu olduğunda geçmişe yürümenin söz konusu olmadığını belirtmiştir. Yazarlara göre ceza muhakemesinin zaman bakımından uygulanma ilkesi İBK'lardaki değişiklikler bakımından da geçerlidir. Bkz. Şahin/Öztürk, s. 43.

Yargıtay'ın bu faaliyeti yasama yetkisinin kullanımı anlamına gelmemektedir. Bu kapsamda İBK'lar oluşturma kapsamında Yargıtay'ın faaliyeti kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırılık oluşturmamaktadır. Bunun dışında içtihatları birleştirme kararları değiştirilemez nitelikte değildir. Başka bir içtihatları birleştirme kararı ile mevcut içtihatları birleştirme kararının değiştirilmesi mümkündür. Bu nedenle kanaatimizce İBK'lar kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) bir hukuki düzenlemedir.

İçtihatları birleştirme kararları hukukun belirli bir alanına müdahale gerçekleştirdiği için Türk hukukunun kaynaklarından birisini teşkil etmektedir. Bu kararlar; Anayasa, kanun, uluslararası anlaşmalar gibi hukukun yazılı kaynaklarından birini oluşturmaktadır. Doğrudan bağlayıcılık etkisi kapsamında ise İBK'lar hukukun doğrudan (asli) kaynağını teşkil etmektedir. Nitekim İBK söz konusu olduğunda hâkim bu kaynağı doğrudan ve aslen uygulamak zorundadır. Teknik olarak aslen uygulanabilirliklerini korumaları, ancak kanunla veya yeni bir İBK ile yürürlükten kaldırılabilmeleri ve kanun niteliğinde sayılamasalar bile kanun gücüne uygulanırlığa sahip olmaları gerçeğinde İBK'lar kanunların altına yer almaktadır.

Doktrinde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun Hukuk ve Ceza Kurullarınca verilen kararlar arası bağlayıcı olmadığına yönelik görüşler amaca hizmet edici nitelikte değildir. Bu kapsamda bu bölümlerce birbirleri ile çelişkili kararlar söz konusu olursa burada bağlayıcılık tartışmasından ziyade içtihatların Büyük Genel Kurul tarafından birleştirilmesi gerekecektir. Nitekim Yargıtay Kanunu da Hukuk ve Ceza Genel Kurulları İBK'ları arası bağlayıcılık düzenlemesi yapmamıştır. Büyük Genel Kurulunun birleştirdiği içtihatların daireler ve kurulları bağlayacağı düzenlenmiştir.

Doktrinde genel olarak içtihatları birleştirme kararlarının geçmişe yürütülmemesinin, hakkaniyete uygun olmayan durumlara sebebiyet verdiği savunmaktadır. Lehe İBK'ların geçmişe yürümesi gerektiğini savunan görüş, İBK'ların geçmişe yürümezlik özelliğinin yine bir İBK ile değil ancak ve ancak kanunla kazandırılabilceğini savunmaktadır. Bu görüş İBK'ların kanunla eşdeğer olmamasından hareketle TCK m. 7/2'ye bir ekleme yapılarak kanun ile beraber İBK'lerin de lehe uygulama ilkesine dâhil edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Aynı

yönde diğer bir görüş ise TCK m. 7/1'de yer alan "kanun" ifadesini, "ceza hukuku kaynağı" olarak yorumlayarak içtihatları birleştirme kararlarındaki değişiklikler fail lehine sonuç doğuruyorsa, yeni durumun geçmişe yürütülmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak İBK'lar kanun gücünde olmakla birlikte normlar hiyerarşisi teorisinde kanun olarak değerlendirilemezler. Kanun gücünde olan CBK nasıl kanun olarak değerlendirilemiyorsa İBK'lar da kanun olarak değerlendirilemez. İchtihat değişiklikleri bakımından geçmişe yürüme kabul edilmemelidir; nitekim kanun değişmediği için içtihat failin aleyhine bile değişse yine uygulanabilecektir. Nitekim burada kanun değil kanunun yorumu değişmektedir. İBK'da fiilin hukuka aykırı olup olmadığı değerlendirmesinde bulunulmayıp failin fiili işlediği sırada fiilin hukuka aykırı olmadığına yönelik İBK'nın sonradan değişip failin aleyhine sonuç doğuracak biçimde fiili hukuka aykırı olarak değerlendirmesi hali ihtimal dışıdır. Bir İBK'ya dayalı olarak fiilin haksızlık teşkil etmediği hususunda hataya düşülmesi de mümkün olmayacağından İBK'ların zaman bakımından uygulanmasında haksızlık yanılığısı hükümleri işlerlik kazanamayacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Adal Erhan, Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Akbulut Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2020.
- Akkaş Ahmet Hulusi, Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Alşahin Mehmet Emin/Çakır Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2020.
- Baytaz Abdullah Batuhan, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Birtek Fatih, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2018.
- Cardozo Benjamin (Çev. Muzaffer Dülger/Sedat Erçin), Yargı Sürecinin Doğası, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2018.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 18. Baskı, İstanbul, 2020.
- Demirağ Fahrettin, Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri ve Adli Yazışmalar, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2021.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 15. Baskı, Anka-

- ra, 2020.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 1, Der Yayınları, 14. Baskı, İstanbul, 2016.
- Erem Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Sevinç Matbaası, 4. Baskı, Ankara, 1973.
- Erem Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 1: Genel Hükümler, Sevinç Matbaası, 11. Baskı, Ankara, 1976.
- Eryılmaz Mesut Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Göktürk Neslihan, Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Gözler Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa, 13. Baskı, 2016.
- Güriz Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 19. Baskı, 2019.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 22. Baskı, Ankara, 2019.
- Heinrich Bernd (Çev. Hakan Hakeri/Yener Ünver/Veli Özer Özbek/Özlem Yenerer Çakmut/Barış Erman/Koray Doğan/Ramazan Barış Atladı/Pınar Bacaksız/İlker Tepe), Ceza Hukuku Genel Kısım-Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı, (Ed. Yener Ünver), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Kelsen Hans (çev. Michael Hartney), General Theory of Norms, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara, 2021.
- Kuru Baki, İçtihatların Birleştirilmesi Yolu İle İlgili Bazı Sorunlar, Ankara Üni. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977.
- Küpelioglu Burak, Ceza Hukuku Bağlamında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Önder Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara, 2020.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara 2021.
- Özen Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 3. Baskı, 2019.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara, 2021.
- Öztürk Bahri/Erdem M. Ruhan /Tezcan Durmuş/Tütüncü E. Erden/Alan Akcan Esra/Gezer Ö. Sırma/Saygılar Kırıt Yasemin/Özaydın Özdem/Altınok Villem Derya/Tok M. Can, Ceza Muhakemesi Hukuku (Nazari Ve Uygulamalı), Seçkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2021.
- Soyubelli Fethullah, Ceza ve Hukuk Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Hâkim Yayınları, Ankara, 2013.

- Şahin Cumhur/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2021.
- Şahin Cumhur/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku -II-, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2022.
- Taş Burak, Bedelsiz Senedi Kullanma Suçu (TCK m. 156), Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Tuncay Aydın H./Özdeş Orhan/Başpınar Recep, "İdari Yargılama Usulü", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Danıştay Yayını, Ankara, 1968.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara, 2021.
- Yurtcan Erdener, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, Ankara, 2019.
- Yüce Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri Cilt:1, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa, 1982.
- Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), Beta Yayıncılık, 7. Bası, İstanbul, 2019.

Makaleler ve Tezler

- Akil Cenk, "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2008, C.57, S.3, ss. 1-32.
- Bilge Necip, "Yargısal İçtihatların Bağlayıcı Etkileri ve İçtihadı Birleştirme Kararları" (A. Recai Seçkin'e Armağan), Ankara 1974.
- Centel Tankut, "İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Uygulamadaki Yönlendirici Etkiler", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 1989, C.15, S.1, ss. 361-369.
- Chapus René, "De la soumission au droit des règlements autonomes", *Recueil Dalloz*, Paris, 1960, ss. 112-124.
- Coşkun M. Kürşat, "İçtihatların Birleştirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2001, C.59, S.1, ss. 87-146.
- Duran Lütfi, "Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Ankara 1972, C.27, S.3, s. 419-441.
- Gedik Fırat/Koç Emel, "Hüküm Kurma ve İçtihat", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2009, C.67, S.2, ss. 157-163.
- Göçmen Kaya, "6352 Sayılı Kanun'un Karşılıksız Yararlanma Suçuna Etkileri", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2012, S. 3, ss. 449-480.
- İnan Atilla, "Genel Olarak İçtihatları Birleştirme Kurumu ve Sayıştay'da İçtihatları Birleştirme", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 1984, C. 10, S. 1-2, 1984, ss. 55-69.
- Kangal Zeynel, "Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2010, C.1, S.1, ss. 785-812.
- Kayhan Fahrettin, "Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 1999, C.11, S.2, ss. 341-363.

- Özdemir Selman, "İdari İşlemin Geri Alınmasında, İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararlarının İdari Yargı Pratiğindeki Uygulanışına Dair Bir Değerlendirme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 2021, C.29, S.2, ss. 1383-1435.
- Pekcanitez Hakan, "Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2019, C.32, S.144, ss. 383-419.
- Raz Joseph, Kelsen's Theory of the Basic Norm, *The American Journal Of Jurisprudence*, Amerika Birleşik Devletleri 1974, C. 19, S. 1, ss. 94-111.
- Soyer Güleç Sesim, "Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2008, C.10, S.1, ss. 59-91.
- Tosun Öztekin, "Hukukun Gerçek Kaynakları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1963, C.XXVIII, S.3-4, ss. 620-632.
- Tulay Muhammed Emre, "Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2016, C.22, S.3 (Cevdet Yavuz'a Armağan), s. 2715-2736.
- Ulu Güher, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Umar Bilge, "Tek Oy Farkıyla Çıkabilen Olmayacak Bir İçtihadı Birleştirme Kararı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2014, C. 16, Özel Sayı (Hakan Pekcanitez'e Armağan), ss. 509-514.
- Yeniyetişme Yiğit, Suç Politikasının Ana İlkeleri Açısından Türkiye'de Ceza Hukuku Değişimleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020.
- Yıldız Akgül Şerife, "İçtihadı Birleştirme Kurumu ve İptal Kararı Üzerine Fiili Çalışmaya Bağlı Döner Sermaye Ek Ödemelerinin Davacıya Ödenmesi Gerektiğine İlişkin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2013/2 Esas ve 2018/2 Sayılı Kararı Üzerine Değerlendirme", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Eskişehir 2020, C.6, S.1, ss. 45-76.

UYUŞTURUCU TİCARETİNDEN SAĞLANAN KARA PARANIN AKLANMASI SUÇUNDA İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

BURDEN OF PROOF IN THE CRIMES OF MONEY LAUNDERING FROM DRUG TRAFFICKING

İbrahim H. SEYDİOĞULLARI*

Özet: Ülkemizde siyaset, hukuk çevreleri, medya organları başta olmak üzere geniş bir kitle, kara para aklama suçuyla yakından ilgilienmektedir. Bu yakın ilgi, “Türk ceza hukukunda yer alan enstrümanlar kara para aklama suçuyla mücadelede yeterli ve caydırıcı mı?”, “Türkiye’de kara para aklama suçunda etkili bir müsadere sistemi var mı?” sorularını beraberinde getirmektedir.

Kara para aklama suçundan söz edildiğinde akla gelen ilk öncül suç, organize uyuşturucu ticaretidir. Uluslararası alanda, öteden beri uyuşturucu ticareti ve bu suçtan kaynaklanan gelirlerle mücadelede farkındalık mevcuttur. İmzalanan uluslararası sözleşmelerle, bu suçla mücadele edebilmek adına hayata geçirilebilecek bazı uygulamalar taraf devletlerin ilgisine sunulmaktadır. Bu uygulamalardan bazıları, kara para aklama suçlarında ispat yükümlülüğünün tersine çevrilmesi, paylaşılması ve genişletilmiş müsadere.

Bu çalışmada, nitel bir araştırma yöntemi benimsenmiştir. Uyuşturucu ticareti organizasyonlarının yapı, yöntem ve eğilimleri kavramsal olarak aktarılacaktır. Bu kavramsal aktarıma dayanarak, kara para aklama suç soruşturmalarında yaşanan yetersizliklere değinilecek, Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler irdelenecektir. Uyuşturucu ticaretinden elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması suçunda ispat yükümlülüğünün tersine çevrilmesiyle ilgili kanun değişikliği önerilecektir. Ayrıca sınır aşan suç niteliğindeki organize uyuşturucu ticaretiyle mücadelenin bütüncül bakış açısıyla sürdürülmesi gerekliliğine dayanarak, müstakil bir uyuşturucuyla mücadele kanunu önerisi getirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kara Para Aklama, Tersine İspat Yükümlülüğü, Kazanç Müsaderesi, Genişletilmiş Müsadere

* Dr., 1. Sınıf Emniyet Müdürü, Emniyet Genel Müdürlüğü, inseydi@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-5932-5430, Makalenin Gönderim Tarihi: 11.07.2024, Kabul Tarihi: 02.09.2024

Abstract: In Turkiye, politics, legal circles, media organs and a wide audience are highly interested in the crime of money laundering. This strong interest brings along the questions “Are the instruments in Turkish criminal law sufficient and deterrent in combating money laundering?” and “Is there an effective confiscation system for money laundering in Turkiye?”.

When talking about money laundering, the first predicate crime that comes to mind is organized drug trafficking. Internationally, there has long been awareness in the fight against drug trafficking and the proceeds of this crime. With the signed international agreements, some practices that can be implemented in order to combat this crime are presented to the attention of the party states. Some of these practices are reversal or sharing of the burden of proof in money laundering crimes, and expanded confiscation procedures.

In this study, a qualitative research method is adopted. The structure, methods and trends of drug trafficking organizations will be explained conceptually. Based on this conceptualization, the difficulties experienced in money laundering criminal investigations will be addressed and the regulations in Turkish law and comparative law will be examined. An article on the reversal of the burden of proof in the offense of laundering of assets obtained from drug trafficking will be proposed. Moreover, based on the necessity to continue the fight against organized drug trafficking, which is a transnational crime, with a holistic perspective, a separate anti-drug law will be proposed.

Keywords: Money Laundering, The Reversal of Burden of Proof, Profit Confiscation, Extended Confiscation.

GİRİŞ

¼lkeler ekonomilerini suçtan elde edilen her t¼rl¼ gelirden korumak zorundadır. Bu, yasal ekonomiye bağlı s¼jelerin işlerini kaybetmemesi, haksız rekabetin önlenmesi, kayıt dıŐılıęın ve vergi kaçakçılığının engellenmesi, ekonomik katma değerin y¼kselmesi, fırsat eŐitlięi ve serbest ekonominin muhafazası, finans istikrarının korunması ve gayrisafi milli hasılanın (GSMH) artırılması adına gereklidir. D¼nya üzerinde dolaŐan kayıt dışı paranın end¼striyel b¼y¼kl¼kteki payını organize suçlardan elde edilenler oluşturur.

Kara para aklamanın gizli doğası gereği tahmin etmek zor olsa da Birleşmiş Milletler Uyuşturucu Suç Ofisi (UNODC) verilerine g¼re, bir yıl içinde k¼resel GSMH'nin %2-5'i civarındaki kara para aklanmaktadır. Bunun da yaklaşık 800 milyon ila 2 trilyon Dolar civarında ol-

duğu tahmin edilmektedir.¹ Avrupa Birliği ülkelerinde işlenen dokuz önemli suçun kriminal cirosu 92 ile 188 milyar Avro arasındadır ve bunların sadece %2'sine kolluk çalışmalarıyla elkonulabilmektedir.² Organize suçlar bakımından uyuşturucu kaçakçılığı ilk sıralarda gelmektedir. Avrupa'da 2021 yılı verilerine göre AB uyuşturucu pazarının minimum düzeyde 31 milyar Avro olduğu tahmin edilmektedir.³ Türkiye'de 2016 yılında mahkumiyetle sonuçlanan kaçakçılık davalarının %68'i uyuşturucu ticareti konulu veya kaynaklıdır.⁴ Kayıt dışı ekonomi, Türkiye genel ekonomisinin %26-28'ini oluşturmaktadır.⁵ Suçtan elde edilen gelirlerin tahmin edilenden daha fazla olduğunu düşünenler de öteden beri mevcuttur.⁶

Tehlikeli bir organize suç türü olan yasa dışı uyuşturucu ticaretinden elde edilen kara para ve bunun aklanmasından oluşan haksız kazançların, yasal ekonomiye verdiği zararların yanı sıra her türlü suça zemin hazırlaması, gayrimeşru ticaretin doğasında var olan anlaşmazlıkların yarattığı şiddet eylemleri ve uyuşturucu tacirleri için vazgeçilmez durum olan uyuşturucu kullanıcılarının artması isteği, toplum ve birey sağlığının yanında, toplumsal güvenlik açısından çözülmesi güç sorunların kaynağı olmaktadır. Uyuşturucu ticareti yapan organizasyonların nihai hedefi, her tacir faaliyetinde olduğu gibi para kazanmaktır. Uyuşturucu kaçakçısının elindeki para, yeni uyuşturucu sevkiyatlarının sermaye ve habercisi, farklı suçların ise kaynağı olmaktadır. Kendilerini ve kazandığı yasa dışı paranın kaynağını gizleme-

¹ UNODC, "Money Laundering", <https://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/overview.html> Erişim Tarihi: 10.06.2024.

² Europol, "European Financial and Economic Crime Threat Assessment-The Other Side of The Coin: An Analysis of Financial and Economic Crime", Publications Office of The European Union, <https://euclid.eu/news/europol-published-first-threat-assessment-on-financial-and-economic-crime/> Luxembourg 2023, s. 19.

³ EMCDDA, "EU Drug Markets Analysis: Key Insights for Policy and Practice", 2024, s. 10. https://www.emcdda.europa.eu/publications/eu-drug-markets/analysis-key-insights-policy-and-practice_en Erişim tarihi: 20.06.2024.

⁴ FATF, "Anti-Money Laundering and Counter-Terrorist Financing Measures - Turkey. Forth Round Mutual Evaluation Report", 2019, s. 16. <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/mer/Mutual-Evaluation-Report-Turkey-2019.pdf> Erişim tarihi: 09.06.2024.

⁵ FATF, (n 4) s. 33.

⁶ Sulhi Dönmezer, "Organize Suçlulukla Mücadele" *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2002, Y.1, S. 1, s. 9.

ye çalışan uyuşturucu ticareti organizasyonları, ekonomik istikrarın bozulmasına yol açan yolsuzluk eylemlerine de yönelebilmektedir. Yolsuzluklar başta güvenlik ve adli mekanizmalar olmak üzere devlet kurumlarını yıpratmakta, hukukun üstünlüğüne olan inancı zedelemekte ve ekonomik kalkınmaya zarar vermektedir.⁷

Uyuşturucu kaçakçılığı suçunda ve bu suçtan kaynaklı gelirin aklanmasında, uyuşturucu kaçakçılığı organizasyonlarının, suçun her safhasında ve örgütsel yapılanma içinde sağladığı gizlilik ve aldığı güvenlik tedbirleri, uyuşturucu ticareti ile aklama suçunun farklı ülkelerde gerçekleşmesi, kolluk kuvvetlerinin suçu ortaya çıkarmasını ve delillendirmesini zorlaştırmaktadır. Uyuşturucu ticaretinin ve bundan kaynaklanan kara para aklama suçunun sınırları aşan boyutu, ülke kanun uygulayıcılarını birbirleriyle iş birliğine yönlendirmektedir. Buna karşın uluslararası iş birliğinin yavaş, zayıf ve etkisiz olması, bu suçtan elde edilen gelirlerin, yasal ekonomi, kayıt dışı para gibi olgularla iç içe geçmesi ve ayrıca uyuşturucu ticaretinde genel anlamda peşin para kullanımını söz konusu olmadığından, uyuşturucu ticaretiyle aklama suçu arasında illiyet bağı kurulması ve suçun mutlak ispatı zorlaşmaktadır.⁸

Kolluk güçleri açısından uyuşturucu ticaretiyle mücadele etmek ve elde edilen kara para kaynaklı malvarlığını ortaya koyabilmek, uzmanlık ve dikkatin yanında, yoğun zihin gücü ve emek yoğun bir faaliyeti gerektirir. Kara para aklama suçlarına hukuken müdahale etmek içinse, sonuç alınmasını sağlayacak hukuk kurallarının yürürlükte bulunması ve bu kurallar kapsamında suç işlendiğinin ispat edilmesi şarttır.

Bu çalışmanın amacı, uyuşturucu ticareti suçundan kaynaklı gelirlerin aklanması soruşturma veya kovuşturmalarında, karşılaştırmalı hukukta yer alan ispat yükümlülüğünün hafifletilmesi, paylaşılması, tersine çevrilmesi ve bu yolla genişletilmiş müsaderenin uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin ceza yargılaması hukukumuzda önerilmesidir. Diğer yandan uyuşturucuyla mücadelenin arz boyutu ve yine bu arzın içinde yer alan, suçtan kaynaklı malvarlığı değerlerinin aklan-

⁷ Europol (n 2) s. 47.

⁸ Ümit Kocasakal, Karapara Aklama Suçu, Yayınlanmamış Doktora tezi, İstanbul 2000, s. 222; Dönmezer, (n 6) s. 10; Ergin Ergül, Kara Ekonomi ve Aklama Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 97; Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2021, s.195.

ması soruşturma ve kovuşturmaları için bağımsız bir kanuni düzenlemenin gerekli olup olmadığı hususu irdelenecektir.

Makale, uyuşturucu kaçakçılığı ve bu kaçakçılıktan sağlanan kara paranın aklanmasıyla sınırlandırılmıştır. Kullanacağı yasa dışı uyuşturucu maddeyi temin edebilmek amacıyla elindeki miktarı bölerek satan uyuşturucu madde bağımlılarına ait davranış kalıpları çalışma kapsamında değildir.

Ülkemizdeki mevzuat düzenlemeleri, uyuşturucu maddeye ve bunların yasa dışı ticaretinden kaynaklanan malvarlığı değerlerine elkoyma, müsadere veya hüküm öncesi müsadereye imkân tanımaktadır. Ancak uyuşturucu ticareti ve bu suçtan elde edilen gelirin aklanması soruşturmaları, diğer suçlar için öngörülen koruma tedbirleriyle sürdürülmekte ve bu tedbirler mücadelede yetersiz kalmaktadır. Bağımsız bir uyuşturucuyla mücadele kanununun olmaması ve soruşturma yöntemlerinin bu düzenlemede detaylandırılmaması durumu iyice zorlaştırmaktadır. Ayrıca yargılama sırasında, uyuşturucu ticareti öncül suçuyla malvarlığını aklama suçu arasındaki illiyet bağının mutlak ve şüpheye yer vermeden ortaya konması gerektiğinin kabulü, bu ağır suçla mücadeleyi olanaksız hale getirmektedir. Dolayısıyla vicdani kanaate mutlak bilmeyle ulaşma çabası nedeniyle vaka ve delil değerlendirmesinde güçlük çekilen dava türlerinden biri, çalışmamızın konusu olan uyuşturucu ticaretinden elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması soruşturma ve kovuşturmalarıdır. Bahsedilen zorluk ve suçun ispatında yaşanan olanaksızlıklar, çalışmamızın I ve V'inci bölümlerinde açıklanmaya çalışılacaktır. Türk hukuk sisteminin, uyuşturucu ticaretinden kaynaklanan malvarlığı değerlerinin ortaya konması bakımından etkili ve yeterli mevzuat düzenlemesine sahip olup olmadığı II ve III'üncü bölümde incelenecek, müsadere ve ispat yükümlülüğüne ilişkin karşılaştırmalı hukukta uygulanan bazı yöntemler IV'üncü bölümde aktarılacaktır.

Çalışmamızda nitel araştırma yöntemi kullanılarak bütüncül bir değerlendirme yapılmıştır. Nitel araştırma yöntemi, sosyal bilimlerde de uygulanmaya başlanan ve literatür tarama, gözlem, doküman inceleme veya görüşmeler yoluyla davranışa ilişkin objektif ve yorumlayıcı bir sonuca ulaşmaya olanak sağlamaktadır.⁹

⁹ Ali Yıldırım/Hasan Şimşek, Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri, 6. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 169-170.

Çalışma içinde, aklama suçuna karşılık gelen kara para aklama veya suçtan elde edilen malvarlığı değerlerini aklama ifadeleri yer yer kullanılacaktır. Sorunsal, aşağıda mümkün olduğunca detaylandırılarak ve karşılaştırmalı hukuk uygulamalarıyla kıyaslanarak tartışılacaktır. Bu makalede araştırma ve yayın etiği ilkelerine uyulmuştur.

I. UYUŞTURUCU TİCARETİNDE ORGANİZASYON, YÖNTEM VE EĞİLİMLER

Bir hukuk devletinde her suçta olduğu gibi yasa dışı uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretiyle de hukuk kuralları çerçevesinde mücadele edilmektedir. Uyuşturucu kaçakçılığıyla mücadelede yürürlükteki hukuk kurallarının yeterli olup olmadığı, suçun kavramsal olarak tanımlanmasıyla anlam kazanabilecektir. Bu bağlamda, suç kuramları ile küresel düzeyde yürütülen uyuşturucu ticareti soruşturmalarındaki gözlemlerimize dayanarak ve genel anlamda uyuşturucu suç organizasyonlarının yapı, yöntem ve eğilimleri şu şekilde kavramsallaşabilir.

Ülkemizdeki uyuşturucu kaçakçılığı organizasyonlarının genel karakteristiğinde, aile veya akraba fertlerinin tamamı veya bir kısmının bu suçun içinde yer alması bulunmaktadır ve bu noktada erkek egemen bir durum gözlenmektedir. Benzer şekilde, başta cezaevi tanışıklığı olmak üzere, hemşeri ve sosyal çevreyle yoğun etkileşim de bu suça karışmaya neden olabilmektedir. Bu durum, Sutherland'ın "*differential association*" sosyal öğrenme kuramını akla getirmektedir.¹⁰ Merton'un, suçluluğa alt kültür açısından yaklaştığı "gerilim" kuramına göre toplumsal ve ekonomik sistem, bireylerin yasal yollarla meşru amaçlarına ulaşmasını ve buna ilişkin fırsatları engellemektedir. Bireylerin özellikle ekonomik olarak yarışmadığı üst toplum sınıflarına katılma arzusu, onları gayrimeşru yollara ve sapkın suç davranışlarına itebilmektedir.¹¹

Ülkeler kendi iç hukuklarında, uluslararası sözleşmelere de uyarak, hangilerinin uyuşturucu madde olarak nitelendirileceğini belirle-

¹⁰ Edwin H. Sutherland, *Principles of Criminology*, J. B. Lippincott Company, Philadelphia 1947, s. 6 vd. Türkçeye "aykırılıkların birleştirilmesi kuramı" olarak aktarılabilir.

¹¹ Robert K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, The Free Press, London 1968, s. 185 vd.

mehtedir. Belirtilen uyuşturucu maddelerin her birinin yasa dışı ticareti mümkündür ve suç geliri elde edilebilir.¹²

Yasal olanaklarla tedarik edilemeyen uyuşturucu maddelere dönük tüketim arzuları, gayriresmi girişimciler tarafından karşılanmaktadır. Uyuşturucu maddelerin yoğun talebine dönük istikrarlı tedarik çabası, Smith'in davranışsal "girişimci" kuramında vücut bulur.¹³

Kapitalist sistem eleştirisi yapan, uyuşturucu kaçakçılığı ve kara para aklama suçlarına farklı perspektiften bakan Naylor'un varsayımları da girişimci kurama ve köklerini Marksist felsefeden alan "çatışma" kuramına yakındır.¹⁴

İktisat biliminden kriminolojiye devşirilmiş olan "rasyonel seçim" kuramında, kişilerin bekledikleri ekonomik fayda ile almaları muhtemel cezayı karşılaştırdıkları ve kâr elde etmelerinin yasal faaliyetlerle mümkün olmaması veya uzun sürede gerçekleşmesi ihtimalinde suç davranışına girdikleri varsayılır.¹⁵

Suç fiilinden dolayı bir kez yakalanmak, toplum tarafından etiketlenmeye yol açıp, eylemlerin sürekliliğini sağlayabilir. Bu görüş de "damgalanma/etiketlenme" kuramında hayat bulur.¹⁶ Dolayısıyla uyuşturucu kaçakçılığı suçunun birden fazla kuramla anlaşılabileceğini söylemek mümkündür.

¹² Türkiye örneği için bkz. Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 2313, Kabul Tarihi: 12.06.1933 RG: 24.06.1933/2435, m. 19: Birinci maddede isimleri yazılan uyuşturucu maddeler haricinde olup ilmi tetkikat neticesinde mazarratı tebeyyün eden ve toksikomani tevlit eyleyen diğer zehirlerin dahi, bu kanun hükümlerine tabi olacağı Cumhurbaşkanı kararıyla Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti tarafından tayin ve ilan olunur. 1933 yılından bu yana 1000'in üzerinde doğal, yarı doğal ve sentetik uyuşturucu madde, Kanun kapsamına alınmıştır. Bu çalışmanın yapıldığı tarih itibarıyla son Cumhurbaşkanı kararı, 23 Aralık 2023 gün ve 32408 sayılı Resmî Gazete'de ilan edilmiştir.

¹³ Dwight C. Smith, "Paragons, Pariahs, and Pirates: A Spectrum-Based Theory of Enterprise", *Crime & Delinquency*, 26(3) US 1980.

¹⁴ R. Thomas Naylor, *Wages of Crime: Black Markets, Illegal Finance and The Underworld Economy*, Cornell University Press, Itaca 2004, s. 18.

¹⁵ Gary S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *The University of Chicago Press Journal of Political Economy*, 76(2) Chicago 1988, s. 178.

¹⁶ Ruken Macit, "Uyuşturucu Satıcıları: Damgalanmışların Suç ve Ceza Anlayışı", *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, 20(2) 2017, s. 189.

Uyuşturucu ticareti yapan organizasyonlar, ulusal ve uluslararası hukukta suç olarak belirlenmiş eylemleri gerçekleştirir. Özellikle de çocukların bu suça alet edilmesi veya onların tüketici pazarı olarak sömürülmesine dönük eylemler, ölçülemeyecek boyutlarda tehlike oluşturmakta ve suçu yakın tehdit haline getirmektedir.¹⁷ Geçmişte kriminolojik bir sorun olarak görülebilecek uyuşturucu ticareti, suçtan elde edilen devasa gelirler ve ulus ötesi nitelik kazanmasıyla birlikte ulusal güvenlik tehdidine dönüşmektedir.¹⁸

Uyuşturucu ticareti, her türlü ekonomik kriteri içinde barındırmaktadır. Uyuşturucu maddeler, son kullanıcıya yasal ticaret yolları üzerinden ve bunlara ait araçlar kullanılarak sevk edilmektedir. Alımı, satımı, nakli veya bunlara ilişkin ücretlendirmeler yasal bir eşyanın ticaretinde olduğu gibi yapılmaktadır. Uyuşturucu ticareti organizasyonları arasındaki alışveriş, borç veya yine uyuşturucu madde karşılığı, kısmen de nakit gerçekleşebilir.

Uyuşturucu kaçakçısı, suç işlemek veya gayri meşru düzenini devam ettirmek için, sanki bir iş insanı gibi dernek veya vakıf kurabilir ya da bunlara üye olabilir, ihtiyaç sahiplerine yardım eden bir hayırsever görüntüsü verebilir, siyasete girmeye çalışabilir, parasının gücünü kullanarak toplumsal yaşamın hemen her alanına nüfuz edebilir. Paranın sağladığı suni güç ve itibar kaçakçının her türlü sosyal çevresinin gelişmesini sağlamaktadır. Dünya ve Türkiye tarihi buna ilişkin sayısız örnekle doludur.¹⁹ Uyuşturucu ticareti yapanlar için ülke veya bölge adının bir önemi yoktur. Önemli olan, sevki yapılan uyuşturucunun salimen yerine ulaşması, satılması ve bu satıştan para kazanılmasıdır. İnsanlık suçu olarak da nitelendirilebilecek uyuşturucu ticareti, doğası gereği bu eylemlere karışanlarda ilke ya da ideoloji bırakmamaktadır.²⁰

¹⁷ Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 4136, Kabul Tarihi: 22.11.1995, RG 25.11.1995/22474.

¹⁸ Naylor, (n 14) s. 14.

¹⁹ F. Cengiz Erdinç, Overdose Türkiye: Narkoelitlerden Mafyaya Uyuşturucunun Yüzyıllık İstilas, Doğan Kitap, İstanbul 2024.

²⁰ Naylor, (n 14) s. 41-42. Naylor, uyuşturucu ticareti nedeniyle yaşanan kötülüklerle sadece arz/tedarik tarafının sebep olmadığını, talep yoğunluğu ve uygulanan kamu politikalarının etkisinin daha fazla olduğunu düşünür.

Uyuşturucu ticareti suç örgütlerinin kendilerine özgü ve yazılmamış kuralları mevcuttur. Suç organizasyonu yöneticileri, yapacakları bir uyuşturucu ticaretinde kendine denk veya daha güçlü ulusal veya uluslararası ittifaklara katılmak, hatta terör örgütlerini yanında görmek ister. Bu, “piyasada” güçlü görünebilmek ve ona hâkim olabilmek, kendi güvenliğini sağlayabilmek, yasa dışı sevkiyatın tespit edilme ihtimalini azaltmak, sevk zinciri ve bunun sürekliliğini güvenceye alabilmek, daha fazla uyuşturucu madde satın alabilmek, satabilmek ve para kazanabilmek adına adeta zorunluluktur.²¹ Ülkemizde uyuşturucu kaçakçıları bu ortaklığa, Osmanlıcada pay anlamına gelen “*sehem*” adını vermektedir.

Uyuşturucu kaçakçılığı örgütleri hiyerarşik unsurları açısından, hukukumuzda tanımlanan diğer mafya tipi yapılanmalardan ayrılmaktadır. Genel manada ifade edecek olursak, uyuşturucu organizasyonlarının hiyerarşik yapısı daha yumuşaktır. Hiyerarşi, yapılacak işin bedeli ödenerek sağlanır. Bu bedel aynı zamanda sadakate ve sessizliğe yönelik güdülemedir.²² Örneğin, karşılığı ödenmeden uyuşturucu maddenin nakli veya bir yerde depolanması söz konusu olamaz. İşinin karşılığını alamayan veya cezaevi sürecinde yardım görmeyen örgüt üyesi, sessiz kalmayacaktır.

Organizasyonlarda düşük yoğunluklu bir hiyerarşi bulunmasına rağmen, köşe kapma, köşelerde hakimiyet sağlama ya da kapılan köşelerin genişletilmesi veya pazar konumunu güçlendirme arzusu nedeniyle, kuralların ihlali veya uyumsuzluk durumları sert karşılık vermeyi gerektirmektedir. Yasa dışı ticarete verilen sözlerin tutulmaması durumunda, kaybedilen para veya ürün için yasal mahkemelere başvuru yapılmamaktadır.²³ Ülkemizdeki uyuşturucu suç organizasyonları arasındaki karşıtlıklar hemen şiddete dönmemektedir. Şiddet ve rekabetçi potansiyelin gereği olarak ve ihtilafların çözümü için deyim yerindeyse gayriresmi mahkemeler kurulmaktadır. Uyuşturucu kaçakçıları bu sözde mahkemelere “cemaat” adını vermektedir. An-

²¹ Naylor, (n 14) s. 13.

²² Naylor, (n 14) s. 21.

²³ Bunun çok nadir de olsa tersi örnekleri görülmektedir. 2000’li yıllarda Van Adliyesi’ne dilekçe veren bir vatandaş, sattığı eroinin karşılığını alamadığı için dolandırıldığını beyan etmişti, bkz. Erdinç, (n 19) s. 326.

laşmazlığa düşen taraf veya taraflar ile varsa şahitler, sözlerine güvenilen ve kararları herkes tarafından dinlenebilecek “akıl kaçakçılarını” yönetimindeki sözde mahkemelerde buluşurlar. Ülkemizdekine benzer sözde sulh ve yargılama görevi, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve kısmen Avrupa’da, daha güçlü suç örgütleri veya köklü mafya tipi aile organizasyonları tarafından yerine getirilmektedir. Yasal alanda olduğu gibi yasa dışı alanda da hükmetme boşluğu bırakılmamaktadır.²⁴ Alınan kararlara uyulma noktasında, reddetme ya da tereddüt veya aksama yaşanması halinde şiddet olayları doğmaktadır. Latin Amerika’da yaşanan uyuşturucu ticareti kaynaklı şiddet eylemleri, ülkemizde ve Avrupa’da yakın tarihte gerçekleşen uyuşturucu pazarı nedeniyle cinayetler ve aşırılıklar bu duruma örnek olarak gösterilebilir.²⁵

Uyuşturucu suç organizasyonlarında iş bölümü diyebileceğimiz, “suçu paylaşma” zorunluluğu da vardır. İmal için gerekli ham madde ve ara kimyasalların temini, uyuşturucunun imali, kalite kontrolü, nakil araçlarına “zula” olarak tabir edilen saklama bölümlerinin yapılması, nakledilmesi, geçiş bölgeleri arasında veya satış sırasında depolanıp saklanması, çoğaltım ve safsızlık maddelerinin temin edilmesi ve bunların eldeki maddeye uygulanması, toptan veya perakende olarak satılması, bu suçtan elde edilen kara paranın transferi ve bu paranın aklanarak yasal ekonomiye dahil edilmesine kadar, beyaz yakalıların da karışabildiği, çok farklı grupların yer aldığı farklı iş bölümleri bulunmaktadır. Bunlara, gizliliği sağlayabilmek adına kişiler arası sağlıklı ve güvenli haberleşmeyi sağlayan gruplar da dahil edilebilir. Deyim yerindeyse uyuşturucu maddenin imalinden toptan ve perakende satışına, elde edilen gelirin transferinden aklanmasına kadar olan iş bölümleri, genellikle farklı suç grupları tarafından üstlenilmektedir. Organizasyonlar çok nadiren de olsa sayılan yasa dışı faaliyetlerin bir kısmını kurdukları *network* (ağ) aracılığıyla kendileri yapmak isteyebilir. Bu isteğin temelinde de yine gizlilik ve güvenliği sağlama ile ekonomik kaygılar yatmaktadır. İmal ve pazarlama, yine genel olarak farklı ülkelerde başlayıp bitmektedir. Anlatılan işleyiş ve üretim alanlarından tüketim bölgelerine doğru yapılan yasa dışı ticaret ve aynı

²⁴ Naylor, (n 14) s. 22.

²⁵ EMCDDA, (n 3) s. 17.

durumun elde edilen kara paranın aklanmasında da gerçekleşmesi, suçu sınırları aşan bir konuma getirmektedir.

Suçun niteliğini hafifletir gibi bir betimleme yapıyor olsak da yasa dışı uyuşturucu ticaretinin, sonuca ilişkin yönleri ve içinde barındırdığı bazı kriterlerle ekonomik bir suç olduğunu söyleyebiliriz. Ancak doğası gereği organize şekilde yapılanma ve süreçte birçok şiddete dayalı eylem de işlendiğinden, kolaycı ve basit bir tutumla günümüzde önemi azalan “ekonomik suça ekonomik ceza” ilkesini akla getirmemek ve bu suçları salt ekonomik olarak düşünmemek gerekir. Buradan hareketle, uyuşturucu kaçakçılığı suçuyla mücadele eden kanun uygulayıcıların öncelikli görevinin “parayı takip etmek” olduğu söylenebilir. Tespit edilmesi güç olan suç örgütü liderlerine, başka deyişle uyuşturucu baronlarına da ancak aklama suç soruşturmalarıyla ulaşılabilir ve nihai amaçlarına müdahale edilebilir.²⁶

İşte bir nevi tacir faaliyeti olan yasa dışı uyuşturucu kaçakçılığı ve bu suçta yaşanan döngü, elde edilen suç gelirinin aklamasıyla sonuçlanmaktadır. Kara paranın kaynağının gizlenmesi ve yasal bir ticaretten elde edilmiş gibi dönüştürülmesi, uyuşturucu kaçakçılığının en gerekli enstrümanıdır. Suçtan elde edilen gelir, aklandığı ülkenin ekonomik ve üretim değerlerine dönmez, yasal bir katkı sunmaz. Kaçakçılık organizasyonunun elde ettiği artı değer bireysel zenginleşmeye, kişisel lüks tüketimine ve lüks yaşama dönük malvarlıklarına aktarılmaktadır. Kara paranın bir kısmı ise işlenecek suçların veya yeni sevkiyatların sermayesi olarak ayrılmaktadır. Uyuşturucu kaçakçılığının, deyim yerindeyse bir meslek haline dönüşmesi tam da burada başlamaktadır.²⁷

Uyuşturucu ticaretinden elde edilen suç geliri, uyuşturucu kaçakçılığındaki benzer uygulama yöntemleri kullanılarak transfer edilmektedir.²⁸ “*Hawala*”, tüm dünyada organize suç gruplarının, özellikle de uyuşturucu kaçakçılarının kullanmakta olduğu yaygın gayrimeşru fon transfer aracıdır.²⁹ Kişiler arası gizlilik ve güvene dayalı havala sis-

²⁶ Kocasakal, (n 8) s. 22; 4136 sayılı Kanun, (n 17); Naylor, (n 14) s. 18.

²⁷ Macit, (n 16) s. 177.

²⁸ Uyuşturucu ticaretinde olduğu şekilde gizlilik, güvenlik önlemleri, zulalı araçların ve yolcu kuryelerin kullanılması, yasal ticaret emtiaları arasında nakil gibileri.

²⁹ Europol, (n 2) s. 13-14

temi, kriptolu haberleşme sistemleri üzerinden gönderilen ve “token” adı verilen şifrelerle, para veya maddi değerın kıtadan kıtaya, ülkeden ülkeye veya bölgeden bölgeye ve birbirini pek tanımayan insanlar arasında el değıştirmesini sağlamaktadır. Böylece kara para, kolluk ve mali istihbarat birimlerinin radarına takılmadan, havale için ekstra ücret ve vergi ödemekten kaçınılarak, düşük yüzdeler karşılığında ve kısa süre içinde aklanmak üzere sahibini bulmaktadır.³⁰ Kuryeler yakalansa da ellerindeki parayı herhangi bir ülkede, herhangi bir şehirde, rastgele seçilmiş bir sokakta ve tanımadıkları birinden teslim aldıklarından, gelirin kaynağı olan suçı ve bu suçun faillerini bilmeyecek, dolayısıyla kanun uygulayıcıların bu fona sebep olanlara ulaşma şansı yok denecek kadar az olacaktır. Kara para yerine ulaştıktan sonra aklanmasında fazla zorluk yaşanmayacaktır. Yasal bir ticari şirkette, kâr maksimizasyonunu sağlayabilmek adına tedarik ve müşteri arasındaki araçların sayısı azaltılmaya çalışılır. Uyuşturucu organizasyonlarında ise bunun tam tersi görülmekte ve aracılık katmanları artırılmaktadır.³¹ Büyüğünden küçüğüne, ulusal veya uluslararası uyuşturucu ticareti organizasyonlarında yaşanan genel tablo budur.

II. KARA PARANIN AKLANMASI VE KAZANÇ MÜSADERESİNİN KAVRAMSAL VE OLGUSAL TEMELLERİ

Türkiye, 1991 yılından bugüne üye olduğu Mali Eylem Görev Gücü'nün (Financial Action Task Force-FATF) dördüncü değerlendirmesine, 2019 yılında tabi tutulmuştur. FATF Türkiye'yi, Ekim 2021'de artırılmış izlemeye tabi ülkelerin yer aldığı gri listeye almıştır. Türkiye'nin gri listeye alınması, kara para aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadele konusunda gerekli tedbirleri almakta etkisiz kaldığı ve süreç içinde daha sıkı değerlendirmeye tabi tutulacağı anlamına gelmektedir. Üç yıla yakın süre boyunca gerçekleştirilen karşılıklı görüşme, izleme ve tespitler akabinde, Türkiye'nin gri listeden çıkarılmasına Haziran 2024 sonunda karar verilmiştir.³² Bundan sonra

³⁰ Burcu Gediz Oral, “Gayri Resmi Değer Transfer Sistemlerinin Kara Para Aklama ve Terörizmin Finansmanındaki Rolü: Hawala Sistemi”, *Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, 8(2) Uşak 2021, s. 331-334.

³¹ Naylor, (n 14) s. 19.

³² Anadolu Ajansı, 10 Soruda FATF ve Türkiye'nin Gri Listedeki Çıkışı, 28 Haziran 2024, <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/10-soruda-fatf-ve-turkiyenin-gri>

FATF tavsiyelerine uyulmasında daha dikkatli ve titiz olunması gerektiği açıktır.

Bu bölümde suçtan kaynaklı malvarlığı değerlerinin aklanması suçu ile bu suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin müsaderesinin, Türk ceza adalet sistemindeki durumu uyuşturucu kaçakçılığı özelinde irdelenecektir.

A. Suçtan Kaynaklı Malvarlığı Değerlerinin Aklanması Suçu

Kara para ya da mevzuatımızdaki yerleşik adıyla suç gelirlerinin aklanmasıyla ilgili çok çeşitli tanımlar mevcuttur. Kara paranın genel bir tanımla, bir suçun işlenmesi sonucu elde edilen her türden ekonomik değer olduğu ifade edilebilir.³³ “*Money Laundering*” veya “*Geldwäsche*” (para yıkama) olarak adlandırılması, ABD’de 1930’lu yıllardaki alkol yasağı döneminde kaçakçıların yasadışı alkol satışından kazandıkları kara parayı, semtlerde yasal olarak işlettikleri otomatik çamaşır yıkama tesislerine yatırmalarına ve bu paranın vergisini ödeyerek yasal görünüm sağlamalarına dayandığı söylenegelmektedir.³⁴

Kara para, kayıt dışı ekonominin bir unsuru olsa da kaynağı tamamıyla suç olan, yasa dışı eylemlerden elde edilen ve kaynağı gizlenerek belgelendirilmek suretiyle yasal ekonomiye ve finans sistemine karıştırılmaya çalışılan değerlerdir. Kayıt dışı para ise kara paranın tam tersi yasal ekonomik faaliyetlerden elde edilen, yasal ekonomiden çeşitli amaç ve yollarla kaçırılmaya çalışılan gelirlerdir.³⁵ Kayıt dışı para literatürde gri para olarak da adlandırılır. Vergi suçundan elde edilenler kayıt dışı paraya örnek olarak gösterilebilir. Kara para ve kayıt dışı para arasındaki temel ayrım kökenindedir.³⁶

listeden-cikisi/3260992# Erişim Tarihi, 04.07.2024; T.C. Maliye Bakanlığı, Mali Eylem Görev Gücü, <https://masak.hmb.gov.tr/mali-eylem-gorev-gucu> Erişim Tarihi: 09.06.2024.

³³ Ramazan Başak, 50 Soruda Kara Para ve Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesi, TBB Yayınları, Ankara 1998, s. 2; Kocasakal, (n 8) s. 13.

³⁴ Akt. Kocasakal, (n 8) s. 17.

³⁵ Başak, (n 33) s. 9; Sacit Yılmaz, Kara Paranın Aklanması ve Türkiye Boyutu, Yayınlanmamış Doktora tezi, Kütahya 2006, s. 49; Kerem Kaptangil, Kayıtdışı Ekonomi ve Karapara, Siyasal Yayınevi, Ankara 2017, s. 15.

³⁶ Kocasakal, (n 8) s. 15.

Ülkemiz mevzuatına başlangıçta kara paranın aklanması şeklinde giren suç, yerini suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması ifadesine bırakmıştır. Kara paranın aklanması, yalnızca suçtan elde edilen paranın değil, parayla birlikte tüm diğer ekonomik değerlerin kaynağının gizlenip çeşitli finans işlemlerine tabi tutulmasıdır. Temel amaç, gelir ile buna kaynaklık eden öncül suç arasındaki bağı koparmak, öncül suçu ve aklamayı kimin yaptığını saklamak, suç kaynaklı varlıkları yasal olarak elde edilmiş gibi gösterip kullanmaktır. Suçun mağduru tüm toplumdur. Kara para aklama suçu, öncül suçtan bağımsız olarak ayrıca tanımlanmaktadır. Bu suça ceza yaptırımını getirilerek, kamu düzeni ve ekonominin korunması hedeflenmektedir.³⁷

Kara paranın aklanmasının yalnızca hukuki değil ahlaki boyutu da bulunmaktadır. Tekel güce ulaşmaya çalışan suç organizasyonlarının, pazar üzerindeki kontrolü sağlama çabası yolsuzluklara yol açabilmektedir. Aklama suçuna müdahale edilmediğinde, yasa dışı varlık artışının toplumda doğal kabul edilmesine, rüşvet ve yolsuzlukların önünün açılmasına ve farklı diğer suçların işlenmesine neden olunmaktadır.³⁸

Uyuşturucu ticareti, bu suçtan elde edilen yüksek suç gelirleri ve sınır aşan küresel ağları ile uluslararası toplumun dikkatini çekmektedir. 1988 yılında imzalanan Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi hükümlerinde, uluslararası boyutu olan uyuşturucu ticaretinin, elde edilen gelirler bakımından da sınır ötesi durumda olduğu, uyuşturucu kaçakçılığı yapan organizasyonların uluslararası nitelik kazandığı, suç örgütlerinin devletlerin yapısına, yasal ticari ve mali faaliyetlerine, neredeyse toplumun her düzeyine nüfuz ettikleri, toplumsal sistemin bozulmasına olanak veren yüksek malî kâr ve servet sağladıkları, onların bu suçlardan elde ettikleri kazançlardan mahrum edilmesi ve suçu işlemelerine neden olan temel amacın ortadan kaldırılması gerektiği ifade edilmektedir. Türkiye bu Sözleşme'nin onaylanmasını 22.11.1995 gün ve 4136 sayılı Kanun'la uygun görmüştür.³⁹

³⁷ Sacit Yılmaz, "Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2011, S. 2, s. 76.

³⁸ Murat Tokmakkaya, "Karapara Aklama Suçunun Tespitine Dönük İnceleme Sürecine İlişkin Özellik Taşıyan Hususlar", *Vergi Dünyası*, İstanbul 2000, S. 222, s. 126; Naylor, (n 14) s. 15; Becker, (n 15) s. 30.

³⁹ 4136 sayılı Kanun, (n 17).

1988 BM Sözleşmesi'nin imzalandığı yıllarda Avrupa Konseyi, konuyla ilgili bir başka sözleşmeyi imzaya açmıştır. Strasbourg Konvansiyonu olarak da bilinen ve 1990 yılında kabul edilen Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Sözleşme, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından, 16.06.2004 gün ve 5191 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur.⁴⁰

1988 BM Sözleşmesinin kabulünden bir yıl sonra, Türkiye'de kara para aklamanın suç olarak kabul edildiği ilk düzenleme, 19.11.1996 gün ve 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunda, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda ve 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun yürürlüğe girmiştir. Uzun bir adı olan bu Kanun'da, gelir elde edilebilecek suçlarda sayma yoluna gidilmiştir. Uyuşturucu ticareti sayılan bu suçlar arasındadır.⁴¹

Kara para aklama suçuna dönük 4208 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemeler, uluslararası sözleşmeleri tam olarak karşılayamamış ve bu suçla mücadelede yetersizlikler yaşanmıştır.⁴² 26.09.2004 gün ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) yürürlüğe girmiş ve Kanun'un 282'nci maddesinde suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu tanımlanmıştır.⁴³ Bu tarihten sonra Türk ceza hukukunda kara para değil, "suçtan kaynaklanan malvarlığı değeri" kavramı kullanılmaya başlanmıştır. Suçtan kaynaklı malvarlığı değerlerini yurt dışına çıkar-

⁴⁰ Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 5191, Kabul Tarihi: 16.06.2004 RG: 22.06.2004/25500.

⁴¹ Kara paranın Aklanmasının Önlenmesine, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunda, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda ve 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 4208, Kabul Tarihi: 13.11.1996 RG: 19.11.1996/22822

⁴² 4208 sayılı Yasa'da suçlar sayma yoluna gidilerek belirlenmiştir. Ancak uyuşturucu ticaretinden gelir elde edilebilecek suçları içeren, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun'a ve 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun'a muhalefet, 4208 sayılı Kanun kapsamında değildir. Ayrıca konuyla ilgili uluslararası sözleşmelerde güncelleme yapılmıştır.

⁴³ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004 RG: 12.10.2004/25611.

mak veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek ya da meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla çeşitli işlemlere tabi tutmak, seçimlik bir suç olarak belirlenmiştir. Maddede tanımlanan suça iştirak etmeksizin suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerini bilerek satın almak, kabul etmek veya kullanmak da ceza yaptırımını altına alınmıştır.⁴⁴ Ayrıca öncül suçtan bağımsız olan bu suçta sayma yolu terk edilmiş, önce 1 yıl, daha sonra yapılan değişiklikle de 6 ay veya daha fazla hapis cezası gerektiren tüm suçlar öncül suç olarak görülmüştür.

TCK 282'nci maddedeki düzenleme yürürlüğe girdikten yaklaşık iki yıl sonra, 2006 yılında 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Kanunu TBMM'de kabul edilmiştir.⁴⁵ Bu Kanun'da konu edilen, suç gelirleri yani suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleridir. Önemli özelliği, suç geliri olarak düşünülebilecek değerlerin Mali Suçlar Araştırma Kurulu'na (MASAK) bildirilmesi konusunda, bazı gerçek ve tüzel kişilere yükümlülük getirmesidir. Bu yükümlülüğün ihlali adli veya idari ceza yaptırımlarını gerektirir.⁴⁶ 5549 sayılı Kanun'la, 4208 sayılı Kanun'un kontrollü teslimat hükümleri dışındaki maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

1990 yılında kabul edilen Strasbourg Konvansiyonu'nda güncelleme yapılmıştır. Sözleşmeye terörizme finans sağlama olgusu eklenmiş ve Terörizmin Finansmanı ve Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Aranması, Elkonması ve Müsaderesi Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi 2005 yılında imzaya açılmıştır. Türkiye bu Sözleşme'yi 2007 yılında imzalamış ancak onaylaması 29.01.2016 gün ve 6665 sayılı Kanun'la gerçekleşmiştir.⁴⁷

⁴⁴ 5237 sayılı Kanun, (n 43) m. 282.

⁴⁵ Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5549, Kabul Tarihi: 11.10.2006 RG: 18.10.2006/26323.

⁴⁶ 5549 sayılı Kanun, (n 45) m. 2(1-d) m. 13-14-15.

⁴⁷ Suç Gelirlerinin Aklanması, Araştırılması, El Konulması, Müsaderesi ve Terörizmin Finansmanına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 6665, Kabul Tarihi: 29.01.2016 RG: 19.02.2016/29629. Bu Kanun'un, "Beyanlar ve Çekinceler" başlıklı ekinin 1'inci maddesinde, "Sözleşme'nin 53. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasının uygulanmayacağını beyan eder" şeklinde ifade bulunmaktadır.

Türkiye G7 ülkeleri tarafından 1989 yılında kurulan FATF'a, 24 Eylül 1991 tarihinde üye olmuştur. FATF, uluslararası alanda kara paranın aklamasının önlenmesi, terörizmin finansmanının engellenmesi ve kitle imha silahlarının yayılması ile mücadelede uluslararası iş birliğini ve yeknesaklığı sağlamayı amaç edinmiştir. FATF, üye ülkeleri bağlayıcı standartlara sahiptir. Tavsiye ve direktiflerine uyulmadığı veya belirlediği kriterler tamamlanmadığı takdirde taraf ülkelere yaptırım uygulayabilir.⁴⁸ Sayılanlar dışında, kara paranın aklanmasıyla mücadele ve bu suçta uluslararası koordinasyon, uygulama birliği ve iş birliğinin sağlanabilmesi için taraf olduğumuz birçok uluslararası sözleşme ve oluşum mevcuttur.

Anlatılan çerçevede ve mevzuat kronolojisine bakıldığında, Türk hukuk sisteminde kara para aklama suçuna ilişkin düzenlemelerin büyük oranda uluslararası sözleşmelerin kabulünden sonra veya bunların etkisiyle yapıldığı söylenebilir.

B. Kazanç Müsaderesi

Yasa dışı uyuşturucu maddeler veya bunların ticareti sonucu elde edilen gelirler ya da bu gelirlerden kaynaklanan malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesi halinde müsadere işlemi tesis edilir. Müsadere, genel ifadeyle mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve malvarlığındaki sahipliğin yitirilmesidir. Çalışmamızın konusu olan kazanç müsaderesi TCK'da yer almaktadır. Kazanç müsaderesi, suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların mülkiyetinin geri dönmek üzere kamuya devredilmesidir. Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların yetkili makamlara teslim edilmediği hallerde, karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine karar verilebilir.⁴⁹ Kazanç müsaderesi mülkiyet veya zilyetlikte bulunan malvarlığı değerlerine dönük uygulanabilir. Mülkiyetin kişinin adına tescilli olup olmaması önemli değildir. Davanın düşmesi sebepleri ortaya çıktığında, mahkumiyete tabi olmayan müsadereye

⁴⁸ T.C. Maliye Bakanlığı, (n 32).

⁴⁹ 5237 sayılı Kanun, (n 43) md. 55.

de hükmedilebilir.⁵⁰ Malvarlığı kavramına yönelik TCK 282'nci maddesindeki bakış açısı, TCK 54 ve 55'inci maddelerde de görülmektedir. 54'üncü maddede eşyadan söz edilmektedir ki uyuşturucu maddeler de bir suç eşyasıdır. TCK 54 ve 282'nci maddeler bir arada değerlendirildiğinde, paraya çevrilmese dahi küçük miktardaki uyuşturucu maddelerde bile maddi değeri olan eşya niteliği bulunmaktadır.⁵¹

Kazanç müsaderesine ilintili kavramlardan bir diğeri elkoymadır. Delil niteliği taşıyan veya ispat aracı olarak görülen her türlü eşya ya da kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan her türlü malvarlığı değeri muhafaza altına alınabilir, rızayla verilmiyorsa elkonulabilir. Elkoyma, mülkiyet veya zilyetliğin geçici olarak dondurulması ve hukuki tasarruf yetkisinin sonlandırılması anlamına gelmektedir. Müsadere, güvenlik tedbiri türünde bir yaptırım olarak değer veya malın daimî olarak devlet mülkiyetine geçirilmesini sağlarken, elkoyma bir yargılama önlemi mahiyetinde, zilyet veya malikin hukuki tasarruf yetkisini belli amaçlarla ve geçici nitelikte kaldıran karardır. Elkoyma, müsadere öncesi uygulanan bir koruma tedbiridir. Müsadere maddi ceza hukukunun konusu iken, elkoyma ceza muhakemesinin konusunu oluşturmaktadır. Ancak her elkoymanın müsadere ile sonuçlanmasına dönük bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Çünkü elkoyma ve müsadere uygulamalarının amaçları birbirinden farklıdır. Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin imal ve ticareti suçundan elde edilen malvarlığı değerleri elkoymaya ve kazanç müsaderesine konudur. Elkoyma tedbiri, 04.12.2004 gün ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) tanımlanmaktadır.⁵² Aynı Kanun'da elkoymanın hangi malvarlığı değerlerine yönelik, hangi suçlar kapsamında, hangi usulle ve kim tarafından yapılabileceği de hükme alınmıştır.⁵³

⁵⁰ 5237 sayılı Kanun, (n 43) md. 64; FATF, "The FATF Recommendations: International Standards on Combating Money Laundering and The Financing of Terrorism and Proliferation", 2012-2023, s. 7. <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/recommendations/FATF%20Recommendations%202012.pdf.coredownload.inline.pdf> Erişim Tarihi: 04.06.2024.

⁵¹ Yener Ünver'den yazara eposta, 15 Haziran 2024; 5237 sayılı Kanun, (n 43) m. 188(3) Uyuşturucu maddeyi ücretsiz olarak başkalarına temin eden kişi dahi uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunu işlemiş sayılır.

⁵² Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004 RG: 17.12.2004/25673.

⁵³ 5271 sayılı Kanun, (n 52) m. 123-128.

Bunların yanında, 1982 Anayasası'nın 38'inci maddesiyle "genel müsadere", diğer deyişle kişinin suçla ilgili olsun veya olmasın tüm malvarlığının müsadere edilmesi yasaklanmıştır.⁵⁴ Aynı yasak, 1924 Anayasası'nın 73 ve 1961 Anayasası'nın 33'üncü maddelerinde de mevcuttur.

III. TÜRK CEZA YARGILAMASINDA İSPAT YÜKÜNÜN DEĞİŞTİRİLMESİ

Çağdaş ceza hukuku ve hukuk devletinin bir gereği olan mülkiyet hakkına, masumiyet karinesinde şekillenen lekelenmeme, susma ve savunma haklarına olan inancımız tamdır. Bunlar demokratik bir hukuk devletinde bireylere tanınması gereken olmazsa olmaz haklardır.

İspat yükü, ceza yargılaması hukukunda maddi gerçeğin nasıl ortaya konacağına ve bu yükü kimin üstleneceğine ilişkin olgudan doğan bir kavramdır. İspat kanaate, kanaat de hükme kaynaktır. Ceza muhakemesinde şekli anlamda bir ispat yükümlülüğünden söz edilemeye de esas manada mevcuttur.⁵⁵ Mevzuatımızda yapılan atıflar, ispat yükünün iddia ve hüküm makamında olduğunu göstermektedir. Anayasa'nın 38'inci maddesi "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz" diyerek masumiyet karinesini ifade etmektedir. Şüpheli veya sanığın susma hakkı olarak da tanımlanan *nemo tenetur* ilkesi dahilinde, kimsenin kendisi veya yakınları aleyhine delil vermeye zorlanamaması da ispat yükümlülüğünün iddia ve hüküm makamında olduğunu göstermektedir.⁵⁶

⁵⁴ Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Tasarısı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu, (1982-450) Danışma Meclisi: 1/463, MG Konseyi: 1/397, s. 20 ve 113. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun teklif ettiği Anayasa tasarısı metninin 37'nci maddesinde, uyuşturucu ve silah kaçakçılığı ile vatandaşlıktan çıkarma durumları, genel müsadere kapsamından istisna tutulmuştur. Danışma Meclisi istisnayı, 765 sayılı TCK'nın 403'üncü maddesine atıf yaparak savunmuştur. Ancak Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu, tasarının 37 ve 38'inci maddelerini birleştirmiş ve belirtilen istisnayı tasarısı metninden çıkarmıştır. Makale içinde 765 sayılı TCK'nın 403'üncü maddesine ayrıca değinilecektir.

⁵⁵ Faruk Erem, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*, Işın Yayıncılık, Ankara 1986, s. 360.

⁵⁶ Yusuf Başlar, "Ceza Muhakemesinde İspat", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 12(2) Ankara 2022, s. 1389.

Türk ceza hukukunda kara paranın aklanması suçunda da ispat yüklümlülüğü iddia veya yargılama makamına, diğer ifadeyle Cumhuriyet savcılarına veya hâkim ya da mahkemeye aittir. Kolluk güçleri ve mevzuatla mali durum raporu düzenlemeye yetkili kurumlar ise yapısal ve kurumsal düzenlemeleriyle iddia makamına yardımcı olmakta ve Cumhuriyet savcılarının verdiği talimatları yerine getirmektedir.

Ceza yargılaması hukukunda ispat yükü bakımından genel kabul böyle olsa da uygulamada ispat yüklümlülüğünün her adli kovuşturmada açıklanan şekilde işlediği ve iddia veya yargılama makamında olduğu söylenemez. AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nce (AYM) verilen bazı kararlarda, birtakım ön koşulların bulunması durumunda ispat yükünün hafifletildiği, şüpheli veya sanığa çevrilebildiği durumlar bulunmaktadır.⁵⁷ Ancak yöntemin uygulanabilmesi için iddia makamının suçu belli delillerle ortaya koyabilmesi, şüpheli veya sanık açısından aksinin ispat edilmesinin mümkün olması ve savunma hakkına kısıtlama getirilmemesi gerekmektedir.⁵⁸ Bu ifadelerden hareketle ve bir engizisyona sebep olmamak adına, ispat külfetinin değiştirilmesi değil, paylaşılmasının söz konusu olduğunu söyleyebiliriz.

Yargı kararları dışında, Türk hukuk sisteminde ispat yüklümlülüğünü şüpheli veya sanığa veren bazı düzenlemelerin olduğu da bilinmektedir. Medeni hukuk, vergi hukuku ve iş hukukunda ispat yükünün devredildiği uygulamalar bulunmaktadır. Ceza adalet sistemimizde de uygulanmış veya halen yürürlükte olan, ispat yükünün tersine çevrildiği veya genişletilmiş müsadereye ilişkin örnekler mevcuttur.

Uyuşturucu ticareti suçlarında 35 yıl uygulanan genişletilmiş müsadere örneği, 01.03.1926 gün ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun,

⁵⁷ Council of Europe, "Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism (CETS No. 198)", 2021, s. 3. <https://rm.coe.int/c198-cop-2021-2prov2-hr-art3-4-en/1680a3019f> Erişim Tarihi: 14.06.2024; Anayasa Mahkemesi, 12.12.2014 gün ve Esas:2013/38, Karar: 2014/58.

⁵⁸ Veli Özer Özbek, "Masumiyet Karinesi ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etki Eden Sonuçları", Masumiyet Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı Sempozyumu, CİGM Yayınları, Ankara 08-09.09.2022, s. 39; Semih Oğuz Aydın, "İspat Yükünü Tersine Çeviren Kanuni Karinelerin Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi", *Adalet Dergisi*, S. 69, Ankara 2022, s. 329-330.

09.07.1953 gün ve 6123 sayılı Kanun'la değiştirilen 403'üncü maddesindedir.⁵⁹ 1924 Anayasası'nın 73'üncü maddesindeki aksi hükme rağmen yapılan değişiklik, ceza verilmesi durumunda failin tüm menkul ve gayrimenkul tüm mallarının müsadere edileceği hususu eklenmiştir. Bu düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin 03.06.1988 gün ve Esas: 1987/28, Karar: 1988/16 sayılı kararıyla ve Anayasa'nın 38'inci maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Benzer şekilde 765 sayılı Kanun'un "Kendisinin olduğunu ispat olunamayan eşyayı taşımak" başlığıyla düzenlediği 578'inci maddesinde de ispat yükümlülüğü hükümlüye verilmiştir. Bu düzenleme 1926 yılından 2004'e kadar, 78 yıl yürürlükte kalmıştır.⁶⁰ Yine, 07.01.1932 gün ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un 47 yıl yürürlükte kalan Ek Madde 2'sinde ispat yükümlülüğünü şüpheliye veren hükümler bulunmaktadır.⁶¹

Diğer taraftan ve uygulanan hükümler bakımından, kamu görevlileri açısından hangi malvarlığının hangi meşru gelirle edinildiğinin açıklanması veya ispat edilmesi yükümlülüğü halen yürürlüktedir.⁶² Bu konudaki düzenleme, 19.04.1990 gün ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nda yer

⁵⁹ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 01.03.1926 RG: 13.03.1926/320, m. 403: Birinci, ikinci bentlerle beşinci, altıncı ve yedinci bentlerin idam cezası tertip veya bu cezalar yerine başka bir ceza tayin olunduğu hallerde failin bilcümle menkul ve gayrimenkul mallarının müsaderesine dahi hükmolunur.

⁶⁰ 765 sayılı Kanun, (n 59) m. 578: Bir kimse, dilencilikle veya hırsızlık ve yağma ve garet ve yol kesmek veya dolandırıcılık ve hırsız yataklığı ile mahkûm olduktan sonra üzerinde kendi haliyle mütenasip olmayan para ve eşya zuhur eder ve bunlara meşru surette malik olduğunu ispat edemezse iki aya kadar hafif hapis cezasına mahkûm olur.

⁶¹ Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun, Kanun Numarası: 1918, Kabul Tarihi: 07.01.1932 RG: 12.01.1932/2000, ek madde. 2(II): Emniyet bölgelerinde istihsal, imal veya sair suretlerle tedarik edilmiş olan yahut gerekli izin verilmiş bulunan mallar elden çıkarılmış olsa dahi, bunların istihlak, istimal ve satış gibi suretlerle sarf mahallerini, talepte bildirilecek müddet içerisinde izah ve ispat edemeyenler için bir seneden beş seneye kadar hapis ve kaçağa sarf edilmiş sayılan şeylerin rayiç değeri miktarınca, değerini tespiti mümkün olmayan hallerde on bin liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

⁶² Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, Kanun Numarası: 3628, Kabul Tarihi: 19.04.1994 RG: 04.05.1990/20508.

almaktadır.⁶³ 06.04.2016 gün ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda da ispat yükü tersine çevrilmektedir.⁶⁴ Hatta yine halen yürürlükte olan 22.05.1930 gün ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 78'inci maddesinde genel müsadere söz konusu olduğu düşünülmektedir.⁶⁵

31.08.1956 gün ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 82'nci maddesinde, Kanun'a muhalefet halinde orman memurları tarafından düzenlenen tutanakların aksi ispat edilinceye kadar geçerli olacağına hükmedilmektedir. Bu durumda ispat, Kanun'a muhalif fiili gerçekleştirilene devredilmektedir.⁶⁶ Orman Kanunu'nun bu maddesinin masumiyet karinesinin ihlal ettiği değerlendirilerek Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi 12.12.2014 gün ve Esas:

⁶³ 3628 sayılı Kanun, (n 62) m. 4: Kanuna veya genel ahlaka uygun olarak sağlandığı ispat edilmeyen mallar veya ilgilinin sosyal yaşantısı bakımından geliriyle uygun olduğu kabul edilemeyecek harcamalar şeklinde ortaya çıkan artışlar, bu Kanunun uygulanmasında haksız mal edinme sayılır.

⁶⁴ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Kanun Tarihi: 06.04.2016, Kanun Numarası: 6701 RG: 20.04.2016/29690, m. 21: Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması halinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.

⁶⁵ Askeri Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 1632, Kabul Tarihi: 22.05.1930 RG: 15.06.1930/1520, m. 78(A-1): Düşman tarafına kaçan veya seferberlikte mükellef olduğu hizmetten uzak kalmak kastiyle yabancı bir memlekete sığınanların veya yabancı memlekette kalanların mevcut ve ileride vücut bulacak menkul ve gayrimenkul bütün mal ve mülklerinin millet namına zaptına karar verilir. Bu karar verilirken suçlunun hısımları bir müdafî tayin etmek hakkını haizdirler; Sahir Erman, Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1983, s. 249; Kaldı ki 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan bu düzenleme fer'i ceza niteliğindedir. 5237 sayılı TCK'nın 5'inci maddesindeki hüküm kapsamında, fer'i ceza yaptırımlarının varlığı da tartışmalıdır. Askeri Ceza Kanunu'ndaki bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu tartışılmalı. Daha geniş bilgi için bkz. Olgun Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 253.

⁶⁶ Orman Kanunu, Kanun Numarası: 6831, Kabul Tarihi: 31.08.1956 RG: 08.09.1956/9402, m. 82(5): Zabıt varakasının hilafına iddia halinde, maznun, mahkemeye bu iddiası hakkında kanaat verecek deliller gösterir ve mahkeme bu müdafîayı tamike şayan götürse delillerini istima ve tetkik eder. Neticede maznunun iddiasını haklı gösterecek bazı sebepler karşısında kalırsa ancak o takdirde, zabıt varakasını imza etmiş olan memurları çağırıp dinledikten ve başka deliller varsa inceledikten sonra hasıl edeceği kanaate göre davayı intaceder.

2013/38, Karar: 2014/58 sayısıyla, hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Oybirliğiyle alınan kararda, suçun kanıtlanması yükümlülüğünün genel manada iddia makamında kaldığı sürece ve ispat yükünü sanığa devreden kuralların veya fiili varsayımların olduğu durumlarda, ispat yükünün yer değiştirmesinin masumiyet karinesine aykırı olmayacağı ifade edilmiştir. Aynı kararda, ispat yükünün tersine çevrilmesinin AİHS'e aykırılık teşkil etmediğine ilişkin AİHM kararlarının varlığına işaret edilmiş ve "(...) suç isnadını içeren tutanağın aksinin sanık tarafından yargılama sırasında her türlü delille ispat edilebilmesinin mümkün olması, hâkimin de bu yönde ileri sürülen iddiaları inceleyip kararını buna göre vermesi, bir başka ifadeyle suç tutanağının kişiyi yargılama yapmaksızın otomatik olarak suçlu haline getirmediği dikkate alındığında. İtiraz konusu kuralın, adil yargılanma hakkına ve bu hak kapsamında yer alan masumiyet ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır" denmiştir. Tanzim edilen tutanak kapsamında ve somut olayın ispatında şüphe varsa, bundan sanığın yararlanacak olması da açıktır.

Halen yürürlüğünü koruyan düzenlemeler bakımından, 3628 sayılı Kanun hükümleri dışındakilerin kara para aklama ile ilgisi düşünülmesi de kanun koyucunun bazı suçlarda ispat yükünü tersine çevirdiği veya genişletilmiş müsadereye ilişkin kurallar getirdiği görülmektedir. Bunlar bizce, devlet aklının ve toplumsal faydanın ön planda tutulduğu, kamu güvenliği dikkate alınarak yapılmış olan ve gerekli düzenlemelerdir.⁶⁷

Uyuşturucu ticareti kaynaklı kara paranın aklanması suçu iddiasıyla yürütülen kovuşturmalarda ispat yükünün tersine çevrilmesi ve genişletilmiş müsadere hükümlerinin Türk ceza hukukuna entegrasyonu yönünde bazı girişim ve önerilerin varlığı da bilinmektedir.

4208 sayılı Kanun'un TBMM'ye sunulan Tasarı metninin 29 uncu maddesinde failin kara paranın suçtan elde edildiğini "bilmesi gerektiği" ifade edilerek, tersine ispat yükümlülüğü getirilmeye çalışılmıştır. Ancak bu ifade İçişleri Komisyonu'nda metinden çıkarılmıştır.⁶⁸

⁶⁷ Olgun Değirmenci, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu (Kara Para Aklama Suçu) Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 500.

⁶⁸ Cengiz Erdiç, "Dilan Polatlar Nasıl Kurtuluyor? 1996'da Yasadan Son Anda Çıkarılan İki Kelime", 2023, <https://kisadaga.net/yazar/milyar-dolarlik-iki>

30.07.1999 gün ve Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Tasarı metninde bu husus yine dile getirilmiştir.⁶⁹ Talep edilen düzenleme, dünyanın farklı ülkelerinde de çeşitli suçlar bakımından uygulanmakta olan ispat yükümlülüğünün tersine çevrilmesini içermektedir.⁷⁰ Tasarının “Hak ve Alacaklara İlişkin Tedbirler” başlıklı 6’ncı maddesinde yer alan hükümler, İçişleri Komisyonu’nda oy çokluğuyla kabul edilmiştir.⁷¹ Ancak Adalet Komisyonu incelemesinde metninde değişiklik yapılmış ve İçişleri Komisyonunca kabul edilen ifade, “(...) *mal varlığının meşru kaynağını ispat mükellefiyeti şüpheliden alınmak suretiyle fıkra yeniden düzenlenmiştir*” gerekçesiyle Tasarı metninden çıkarılmıştır.⁷²

Sayılanlar dışında, 2018 yılında TBMM’de oluşturulan “Uyuşturucu Madde Bağımlılığı ve Yeni Bağımlılık Türlerinin Araştırılarak Bağımlılığın Nedenlerinin ve Alınacak Tedbirlerin Tespit Edilmesi Maksudıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu” raporunda, uyuşturucu ticaretinden elde edilen gelirlerin aklanmasında ispat yükünün tersine çevrilerek bir müsadere davası sistematığı ile genişletil-

kelime-bilmesi-gerektiği_85139 Erişim Tarihi: 10.06.2024; Kocasakal, (n 8) s. 224. Belçika mevzuatı tam da buna emsaldir. Belçika Ceza Kanunu 505’inci maddede “bildiği veya bilmesi gerektiği” ifadeleri mevcuttur.

⁶⁹ Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Tasarısı, 30.07.1999, s. 9-10. Kanun tasarısında genişletilmiş müsadere kavramı kullanılmıştır. 21. Yasama yılı 1. döneminde 1/487 Esas numarasıyla TBMM’ye gönderilen kanun tasarısının 6. maddesi gerekçesinde aynen şöyle yazmaktadır: “Bilindiği gibi özellikle örgütlü suçlarla mücadelede başarılı olunabilmesi için bu örgütlerin ekonomik yönden de çökertilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde suç örgütlerinin ortaya çıkartılması ve sanıkların mahkûm edilmesi, bu örgütlerin çökertilmeleri için yeterli olmayacaktır. Örgüt elemanlarının suçtan kaynaklanan gelirlerinin tamamının müsadere sistemi ceza hukuku sahasına girmiş bulunmaktadır. Bu sisteme göre suç işlediğinden şüphe edilen kimsenin bütün mameleki, başka bir ifade ile tüm varlığına tedbir konulmakta, yalnız kaynağının meşruiyetini ispat ettiği mal ve eşyalar için bu yönde bir tedbire gidilmemekte, kaynağının meşru olduğunu ispat edemediği mal ve eşyalar kişinin mahkumiyetine hükmedilmesi ile birlikte Devlete intikal etmektedir”.

⁷⁰ Sulhi Dönmezer, “Türkiye’de Organize Suçlulukla Mücadelenin Esasları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2) İstanbul 2002, s. 13.

⁷¹ İçişleri Komisyonu, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Tasarısı, E: 1/487-K:8, 1999, m. 6.

⁷² Adalet Komisyonu, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Tasarısı, E: 1/487-K: 5, 1999, m. 6.

miş müsadere usulünün mevzuata getirilmesi teklif edilmiştir.⁷³ Ancak o tarihten bu yana herhangi bir yasama girişimi olmamıştır.

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İSPAT YÜKÜNÜN DEĞİŞTİRİLMESİ

1982 Anayasası'nın 90'ıncı maddesine göre uluslararası sözleşmeler kanun niteliğindedir, bağlayıcıdır ve Anayasa'ya aykırılığından dolayı Anayasa Mahkemesine (AYM) başvurulamaz. Kanunlarla uluslararası anlaşmaların çelişmesi durumunda, uluslararası anlaşmaların uygulanacağı hükmedilmiştir.⁷⁴ Türkiye, geçmişten bugüne imzaladığı, içeriğinde elkoyma, müsadere ve kazanç müsaderesine ilişkin tanım ve belirlemeler olan BM ve Avrupa Konseyi sözleşmeleri ile üye olduğu FATF direktif ve tavsiyelerine uymakla yükümlüdür.

Uyuşturucu suç örgütlerinin yapı, yöntem ve eğilimleri dikkate alındığında, eylemleri sırasında yoğun güvenlik tedbiri alması, gizliliği üst seviyede koruması, uyuşturucu kaçakçılığında elde edilen kara paranın aklanmasında da bu tedbirlere uyması ve gizliliğin sürdürülmesi gibi tespitler, karşılaştırmalı hukukta, yine evrensel hukuk kurallarına bağlı kalarak farklı mücadele yöntemlerinin geliştirilmesine sebep olmuştur.⁷⁵

Karşılaştırmalı hukukta ülkeler, uluslararası sözleşmelerin ve AIHM kararlarının sağladığı kabiliyetle, kara paranın aklanması yoluyla elde edilen malvarlığı değerlerinin uyuşturucu ticareti suçuyla ilişkilendirilmesi bağlamında, ispat yükünü hafifletmeye ve tersine çevirmeye, bu yolla da genişletilmiş müsadereye yönelmiştir. İspat yükünün tersine çevrilmesi usulünde, suçun ispatı yine iddia ve hüküm makamında kalmaktadır. Ancak kara para aklama suçunun şüpheli

⁷³ TBMM, "Uyuşturucu Madde Bağımlılığı ve Yeni Bağımlılık Türlerinin Araştırılarak Bağımlılığın Nedenlerinin ve Alınacak Tedbirlerin Tespit Edilmesi Maksadıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu", 2018, s. 281. <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/bitstreams/40d3eb68-0f69-47a7-8eda-bfcec810ee16/download> Erişim Tarihi: 09.06.2024; Council of Europe, (n 57) s. 8, genişletilmiş müsadere, aklama suçu nedeniyle yürütülen bir ceza davasında, sanığın doğrudan suçtan elde edilen gelirlerinin ötesinde müsadere kabiliyetini yansıtmak için kullanılan bir terimdir.

⁷⁴ Anayasa 1982, md. 90(5).

⁷⁵ Naylor, (n 14) s. 14.

veya sanığı, elkonulan malvarlığını nereden kazandığını kendisi açıklamaktadır. Yasal yollarla kazanıldığı gösterilemeyen malvarlığı müsadereye konu edilmektedir. Bu yöntem de genişletilmiş müsadere adı verilmektedir. Dünya genelinde çok sayıda ülkede bu yöntemlerin farklı biçimlerde uygulandığı ve bazı şartlar oluştuğunda kara paranın aklanmasında ispat külfetinin tersine çevrilerek şüpheli veya sanığa yüklendiği bilinmektedir. Ayrıca bu ülkelerin mevzuatlarında kanuni karine oluşturulmuştur.⁷⁶

4136 sayılı Kanun'la kabul edilen BM 1988 Sözleşmesi'nin 5'inci maddesi 7'nci fıkrasında: *"Her bir Taraf, müsadereye tabi olabileceği ile ilgili sürülen kazançların veya diğer malvarlıklarının yasal kaynağına ilişkin olarak, iç hukukunun ilkelerine ve adli yargılama ve diğer usullerine uygun ölçüler içinde, ispat yükümlülüğünün değiştirilmesini kararlaştırabilecektir"* hükmü yer almaktadır. Bu Sözleşme'yle, uyuşturucu ticaretinden kaynaklı kara paranın aklanması suçunda ispat yükümlülüğünün tersine çevrilebileceği bir öneri olarak Taraf Devletlere sunulmuştur.

2005 yılında yürürlüğe giren ve 2006 yılında TBMM'de kabul edilen Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin "Dondurma ve Müsadere" başlıklı 31'inci maddesinde, 1988 Sözleşmesi'nde yapılan öneri daha vurgulu şekilde tekrarlanmıştır. Maddenin b fıkrası 8'inci bendinde, *"(...) Taraf Devletler, iç hukukunun temel ilkeleriyle ve yargılama ve diğer işlemlerin özünü uyumlu olduğu ölçüde, bir sanığın, iddia edilen suç gelirinin veya müsadereye tâbi diğer malvarlığının meşru kaynağını göstermeye zorunlu kılınması olasılığını değerlendirebilirler"*⁷⁷ hükmü bulunmaktadır.

2005 yılında ülkelerin onayına sunulan ve Türkiye tarafından 2007 yılında imzalanan Avrupa Konseyi Varşova Sözleşmesi, 2016 yılında TBMM'de onaylanmıştır. Bu Sözleşme'nin "Müsadere Önlemleri" başlıklı 3'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında, *"(...) Taraflar, ulusal hukukta tanımlandığı şekliyle ağır suç veya suçlar bakımından, failin, müsadere edilebilirliği iddia olunan gelirlerin veya diğer malın kaynağını göstermesini, iç hukukun ilkelerine uygun şekilde gerektirmek için yasal ve gerekli olabilecek tedbirleri alacaklardır"* denerek zorunlu bir uygulamaya adım atılmaya çalışılmıştır. Ancak Sözleşme'nin Beyanlar ve Çekinceler başlıklı

⁷⁶ Philips v Birleşik Krallık, (no 41087/98) 12 Aralık 2001, para. 19 ve 32.

⁷⁷ Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, Kanun Numarası: 5506, Kabul Tarihi: 18.05.2006 RG: 24.05.2006/26177.

53'üncü maddesinde, bu hükme Taraf Devletlerin çekince koyabilecekleri ifade edilmiştir. Türkiye, kabul Kanunu'nda 3(4)'üncü maddede yer alan düzenlemeyi uygulamayacağını beyan etmiştir.⁷⁸

Varşova Sözleşmesi Taraflar Konferansı 12.05.2021 tarihinde olağanüstü toplanmış ve toplantı sonucunda Avrupa Konseyi Varşova Konvansiyonu Raporu hazırlanmıştır. Toplantı ve Rapor'un konusu, bazı ciddi suçlardan elde edilen gelirler ve malvarlığının kaynağının tespitine ilişkin ispat yükünün tersine çevrilmesi, başka deyişle Varşova Sözleşmesi'nin 3(4)'üncü maddesinin uygulanması tavsiyesiyle ilgili ülke izlemeleridir. Ancak bu tavsiyeler, izleme kriterleri arasında yer bulmamaktadır.⁷⁹ Türkiye bu raporda, çekincesini saklamasının gerekli olup olmadığını değerlendirmeye ve ispat yükünü tersine çevrilmesine imkân sağlayacak yasal tedbirleri almaya davet edilmektedir.⁸⁰ Varşova Konvansiyonu Raporu'na göre ve 2021 yılı itibariyle, 16 Taraf Devlet Sözleşme'nin 3(4)'üncü maddesini uygulamayı kabul etmiştir. 7 Taraf Devlet, Sözleşme'nin bu hükümlerini uygulamayacaklarını beyan etmişlerse de ulusal mevzuat ve içtihatlarında ispat yükünü tersine çeviren veya genişletilmiş müsadere içeren düzenlemeler bulunmaktadır. Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 8 ülke ise hükmü uygulamama beyanında bulunmuştur.⁸¹

18.12.2007 tarihinde AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanan 2007/845/JHA sayılı Konsey Kararı ile oluşturulan Malvarlığı Geri Alım Birimi

⁷⁸ 6665 sayılı Kanun, (n 47) md. 3(4) ve 53(4), Beyanlar ve Çekinceler.

⁷⁹ Council of Europe, (n 57) s. 3, para. 9.

⁸⁰ Council of Europe, (n 57) s. 34.

⁸¹ Council of Europe, "Burden of Proof Should Be Reversed to Allow Confiscations in Serious Offences: Warsaw Convention Report-Media Release", 2021. <https://rm.coe.int/0900001680a301d8> Erişim Tarihi: 14.06.2024. Varşova Konvansiyonu Raporu'na göre, Sözleşme'deki ispat yükümlülüğünün tersine çevrilmesi hükümlerini uygulayacağını beyan eden 16 Taraf Devlet, Arnavutluk, Ermenistan, Belçika, Bosna Hersek, Hırvatistan, Kıbrıs, Danimarka, Fransa, Macaristan, Letonya, Malta, Karadağ, Hollanda, Kuzey Makedonya, Portekiz ve Sırbistan'dır. Sözleşme hükümlerini uygulamayacağını beyan eden ancak iç hukukunda ispat yükümlülüğünü tersine çeviren düzenlemeler olan 7 Taraf Devlet ise Gürcistan, Almanya, İtalya, Polonya, Rusya, Slovenya ve Ukrayna'dır. Bu enstrümanlara sahip ancak uygulamada kullanmayan 3 ülke Monako, San Marino ve İspanya'dır. Sözleşme'nin 3(4)'üncü maddesini uygulamayacağını beyan eden 8 ülke Azerbaycan, Bulgaristan, Yunanistan, Moldova, Romanya, Slovakya, İsveç ve Türkiye'dir.

(*Assesst Recovery Office-ARO*) yapılanması, tersine ispatı dikkate almaktadır.⁸² Aynı şekilde genişletilmiş müsadere veya ispat yükünün tersine çevrilmesi bakımından Avrupa’da yayımlanmış birçok direktif ve düzenleme bulunmaktadır.⁸³

Haziran 2024 sonunda FATF’ın Türkiye’nin “gri listeden” çıkarıldığını açıklaması, başta ekonomik çevreler olmak üzere toplum kesimlerinde memnuniyetle karşılanmıştır. Türkiye’nin Ekim 2021’de gri listeye alınmasının nedeni, kara para aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadelede yetersizlik görülmüş olmasıdır. Türkiye 2021-2024 arasındaki süreçte, kara para aklamayla mücadelede, uluslararası toplumca tanımlanan yükümlülüklerini yerine getirebilmek için yoğun çaba sarf etmiştir. Süreçte FATF tarafından yapılan değerlendirmelerde, Türkiye’nin 40 Tavsiye Kararı arasında bulunan kazanç müsadere ve tüzel kişiliklerin yükümlülükleri açısından iç hukuk düzenlemelerini yaptığı belirtilmektedir. Ancak aynı değerlendirme raporunda, yetersiz kara para aklama soruşturmaları ve etkisiz müsadere nedeniyle eleştiriler de bulunmaktadır.⁸⁴ FATF 16 Kasım 2023 tarihinde, mahkumiyete bağlı kalmadan müsadere, ispat yükünün tersine çevrilmesi, genişletilmiş müsadere ve uluslararası iş birliğini geliştirilmesi adına, bir dizi tavsiye kararı daha almıştır.⁸⁵ Bu kararlar birlikte FATF’ın 40 Tavsiyesi yeniden güncellenmiş ve müsadere başlıklı 4 nolu tavsiyeye yeni açıklamalar getirilmiştir. Güncellenen tavsiye kararlarının “4 Nolu Tavsiye Kararını Açıklayıcı Notlar” bölümünün 12’nci maddesinde, “(...) Ülkeler, müsadereye tabi olduğu iddia edilen malvarlığının yasal kaynağını kanıtlamasını sanıktan isteyen tedbirleri kabul

⁸² Council Decision, “2007/845/JHA, OJ L332”, 2007, s. 103-105. ARO yapılanması için ayrıca bkz. <https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/instruments/asset-recovery> Erişim Tarihi: 10.06.2024.

⁸³ Kocasakal, (n 8) s. 225-226; Yılmaz, (n 37) s. 126; TBMM, (n 73) s. 269-271; Council of Europe, (n 57) s.3, para. 7-10.

⁸⁴ FATF, (n 4) s. 58, 63 ve 231; TBMM, (n 73) s. 409.

⁸⁵ FATF, “Amendments to The FATF Standards to Strengthen Global Asset Recovery”, 2023. <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/amendment-FATF-standards-global-asset-recovery.html> Erişim Tarihi: 09.06.2024; FATF, “The FATF Recommendations: International Standards on Combating Money Laundering and The Financing of Terrorism and Proliferation”, 2012-2018, s. 10. <https://rm.coe.int/fatf-recommendations-2012-updated-october-2018-/168093829b> Erişim Tarihi: 04.06.2024.

etmeyi düşünmelidir” ifadesi bulunmaktadır.⁸⁶ FATF’ın güncellenmiş tavsiyelerinden biri de operasyonel çalışmaların koordinesi ve malvarlıklarının geri alınmasına ilişkin uluslararası iş birliğini geliştirecek ağlara katılım sağlanmasıdır. Geçmişte Europol bünyesinde kurulan ülkeler arası iletişim ağlarından biri Kurumlararası Varlık Kurtarma Ağı’dır (*Camden Assest Recovery Inter-Agency Network-CARIN*) ve Türkiye bu ağa üye statüsüyle bağlıdır.⁸⁷

İspat yükünün tersine çevrilmesi ve genişletilmiş müsadere, çağdaş hukuk kurallarına ve hukukun genel prensiplerine aykırı olup olmadığı konusunda referans alınacak yerlerin başında AİHM gelmektedir. AİHM farklı içtihatlarında, ispat yükünün tersine çevrilmesinin bazı şartlar oluştuğunda AİHS’in adil yargılanma hakkı başlıklı 6’ncı maddesindeki masumiyet karinesine aykırı olmadığına ve ispat yükünün taraf değiştirmez bir niteliğinin bulunmadığına hükmetmiştir. AİHM tarafından ve öncelikle, bu uygulamalara ilişkin ülke iç hukukunda bir yasal düzenleme bulunup bulunmadığına bakılmaktadır ve malvarlığına sahip süjelere, açık ispat standardı tanındığı ve amaca uygun usûl güvencesi verildiği hallerde, tersine ispat ve genişletilmiş müsadere gibi yaklaşımların AİHS hükümlerine aykırı olmayacağı kararlarında dile getirilmektedir. Hukuken benimsenebilir sınırlar içinde kalmak, sanık haklarını muhafaza etmenin yanında, tehlikede olanın hakkını gözetmek amacıyla, sanığa kendini kanıtlama olanağı sunulmasının masumiyet karinesinin ihlal edildiği anlamına gelmeyeceği ifade edilmektedir.⁸⁸ *Salabiaku/Fransa*,⁸⁹ *Pham Hoang/Fransa*,⁹⁰

⁸⁶ FATF, (n. 85) s. 41. “(...) Countries should consider adopting measures which require an offender to demonstrate the lawful origin of the property alleged to be liable to confiscation”.

⁸⁷ Europol, “Camden Assest Recovery Inter-Agency Network”, 2012, s. 14. <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/carin-manual.pdf> Erişim Tarihi: 04.06.2024.

⁸⁸ Aydın, (n 58) s. 333.

⁸⁹ *Salabiaku v Fransa*, (no. 10519/83) 7 Ekim 1988, para. 31. Uyuşturucu ve gümrük kaçakçılığı, tersine ispat ve müsadere, adil yargılanma hakkı ihlali iddiası. AİHS hükümlerine aykırı bulunmamıştır.

⁹⁰ *Pham Hoang v Fransa*, (no. 13191/87) 25 Eylül 1992, para. 33-36. Uyuşturucu ve gümrük kaçakçılığı, tersine ispat ve müsadere. Adil yargılanma hakkı ve masumiyet karinesi ihlali iddiası. AİHS hükümlerine aykırı bulunmamıştır.

Philips/Birleşik Krallık,⁹¹ Van Offeren/Hollanda,⁹² Grayson ve Barnham/Birleşik Krallık,⁹³ Poletan ve Azirovik/Kuzey Makedonya⁹⁴ ve Gogitidze/Gürcistan⁹⁵ gibi davalar, AİHM'in ispat yükünün tersine çevrilmesini masumiyet karinesine ve adil yargılanma hakkına aykırı bulmadığı onlarca örnekten birkaçıdır.⁹⁶

İspat yükünün tersine çevrilmesi ve genişletilmiş müsadere konusunda ülkelerin farklı uygulama metotlarına başvurduğu görülmektedir. Fransa'da 5 yıla kadar hapis cezası öngörülen suçlarda ispat yükü değiştirilmez. 5 yıl veya fazla hapis cezası gerektiren suçlarda ise ispat yükü tersine çevrilerek hafifletilmektedir.⁹⁷ Fransa, sahip olduğu yasalarla suçluluk karinesine değil sorumluluk karinesine ulaşmayı amaçladığını ifade etmektedir.⁹⁸ Avusturya'da, öncül suç ile malvarlığı edinim tarihi arasında geçen süreye bakılmakta, yasal kaynak kanıtlanamadığında malvarlığı genişletilmiş müsadereye konu edilmektedir. Almanya ve İtalya'da öncül suçtan kaynaklandığı ispat edilemese de sanığın geliri ile uyumsuz olan malvarlığına genişletilmiş müsadere hükümleri uygulanabilmektedir.⁹⁹ Birleşik Krallık'ta genişletilmiş müsadere hükümleri, öncül suçla ilgili ceza kovuşturmasının bir

⁹¹ Philips v Birleşik Krallık, (n 76), para. 36-54. Uyuşturucu kaçakçılığı, tersine ispat ve müsadere, adil yargılanma hakkı ve masumiyet karinesi ihlali iddiası. AİHS hükümlerine aykırı bulunmamıştır.

⁹² Van Offeren v Hollanda, (no. 19581/04) 1 Temmuz 2004, s. 11. Uyuşturucu kaçakçılığı, tersine ispat ve müsadere, adil yargılanma hakkı ve masumiyet karinesi ihlali iddiası. AİHS hükümlerine aykırı bulunmamıştır.

⁹³ Grayson ve Barnham v Birleşik Krallık, (no. 19955/05, 15085/06) 23 Eylül 2008, para. 53. Uyuşturucu kaçakçılığı, tersine ispat ve müsadere. Adil yargılanma hakkı ve masumiyet karinesi ihlali iddiası. AİHS hükümlerine aykırı bulunmamıştır.

⁹⁴ Poletan ve Azirovik v Kuzey Makedonya, (no. 26711/07, 32786/10, 34278/10) 3 Eylül 2014, para. 65-67. Uyuşturucu kaçakçılığı, tersine ispat ve müsadere, adil yargılanma hakkı ve masumiyet karinesi ihlali iddiası. İspat yükündeki değişim, AİHS hükümlerine aykırı bulunmamıştır.

⁹⁵ Gogitidze v Gürcistan, (no. 36862/05) 12 Ağustos 2015, para. 120 vd. Rüşvet, yağma. Birden fazla başvuru mevcut. Savunma hakkının kısıtlandığına karar verilmiş ancak, bir başvuru açısından AİHS hükümlerine aykırılık bulunmamıştır.

⁹⁶ Güney Dinç, Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBB Yayınları, Ankara, 2006, s. 284; Dovydas Vitkauskas ve Grigoriy Dikov, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Serkan Cengiz (Çev) Avrupa Konseyi 2018, s. 102; Aydın, (n 58) s. 333.

⁹⁷ Council of Europe, (n 57) s. 17.

⁹⁸ Salabiaku v Fransa, (n 89) para. 24.

⁹⁹ TBMM, (n 73) s. 269-270.

parçasıdır. Birleşik Krallık'ta sanığa ait masumiyet karinesinin, öncül suçtan mahkûmiyete hükmedilmesiyle birlikte kara para aklama suçu bakımından sona erdiği, ayrıca müsadere sırasında herhangi bir suçlamada bulunulmadığı kabul edilmektedir.¹⁰⁰ Bosna Hersek'te, genişletilmiş müsadere ve tersine ispat uygulaması bulunmakta, ancak müsadere için farklı bir sistematik benimsenmekte, hukuk davası yoluna gidilmektedir.¹⁰¹

V. TARTIŞMA

Ceza muhakemesinde mahkûmiyet, hâkimin sanığın suç işlediğini bilmesiyle ve buna vicdanen ikna olmasıyla gerçekleşmektedir. Bilmek ve vicdanen ikna olmak her şartta sübjektif bir olgudur, nispi olarak ifade edilmekte ve kararlaştırılmaktadır. Hâkim, karşısına gelen davada şüphesini yenerek ispata, dolayısıyla bir kanaate ulaşmak ister. Zaten ispatın amacı da gerçekliğe değil, gerçeklik konusunda bir kanaate varmaktır.¹⁰² Bu vicdani kanaattir. Deliller gerçekliği her zaman mutlak olarak göstermeyebilir, ayrıca ortada olan olguların da belli delillerle ispat edilmesine gerek yoktur.¹⁰³ Vicdani kanaati oluşturabilecek evrensel standartlarda öğreti, yorum, kural, ölçüt ve düşünce kalıpları da hukukumuzda mevcuttur.¹⁰⁴

Ülkemiz ceza yargılamasında genel olarak, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma suçunda ispat için kesin ve net deliller, nispi muhakeme yerine mutlak bilinirlik aranmaktadır. Uyuşturucu ticareti suçunun ispat edilebilmesi için, başta ele geçirilen uyuşturucu madde olmak üzere birçok delilin ortaya konmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti bakımından yargılama makamlarının yürüttükleri kovuşturmalara kılavuzluk yapabilecek bu kriterler, Yargıtay tarafından Türk ceza hukukuna kazandırılmış

¹⁰⁰ Philips v Birleşik Krallık, (n 76) para. 26.

¹⁰¹ Council of Europe, (n 57) s. 13.

¹⁰² Başlar, (n 56) s. 1392-1393

¹⁰³ Adalet Bakanlığı, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Notu, Eğitim Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, s. 40. <https://edb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/26620201539387-cezamuhakemesihukuku.pdf> Erişim Tarihi: 07.06.2024.

¹⁰⁴ Ünver, (n 51).

içtihatlarda mevcuttur.¹⁰⁵ Diğer taraftan, uyuşturucu ticareti kaynaklı kara paranın aklanması suçuna ilişkin içtihat zenginliğimiz bulunmamaktadır. Bu yokluk, yargılamalarda dar yoruma neden olmaktadır. İlk derece mahkemelerinde doğal olarak, hangi uyuşturucu ticareti eyleminden ne miktarda gelir elde edildiği, bu gelirlerin aklanarak hangi malvarlıklarına dönüştürüldüğü, uyuşturucu ticaretiyle kara para aklama suçu arasındaki illiyet bağının açık şekilde ortaya konması aranmaktadır. Uyuşturucu ticareti suçunda olduğu gibi kara para aklama suçunda da kesin ve şüphe duyulmayacak delillerle ispatın gerçekleştirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu da malvarlığı uyuşturucu ticareti suçundan kaynaklansa dahi müsadere yoluyla sanığın elinden alınmasına ve aklama suçundan mahkûm olmasına engel teşkil etmektedir.¹⁰⁶ Ülkemizde hukuk çevrelerine hâkim olan genel görüş de kara para aklama suçunda mutlak ispatın aranması yönündedir.¹⁰⁷

Aktarılan dar yorum, uyuşturucu ticaretinden ekonomik bir değer elde edilmesi halinde fail veya bir başkasının kara para aklama suçuna yönelebileceği, dolayısıyla kolluk güçleri tarafından ele geçirilen uyuşturucu maddeden gelir elde edilemeyeceği, bu sebeple de sanığa isnat edilecek kara para aklamaya elverişli konunun bulunamayacağı fikrini beraberinde getirmektedir. Diğer ifadeyle, “kolluk tarafından ele geçirilen uyuşturucu maddeden gelir elde edilemez” kanaati oluşmaktadır ama bizce durum bunun tam tersidir. Burada, uyuşturucu kaçakçısının suçu bir meslek olarak benimsemesi ve ele geçirilen uyuşturucunun farklı bir uyuşturucu ticaretinden elde edilen gelir ile satın alındığının nispi olarak muhakeme edilmesi gereklidir.¹⁰⁸

¹⁰⁵ M. Nedim Bekri, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Ticareti Suçunda (188/3) Delillerin Toplanması ve Failin Kastının Belirlenmesi”, *TTB Dergisi*, Ankara 2023, S. 164, s. 98; Bir içtihat için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2017/9-378-K: 2018/618, 06.12.2018. <https://www.kazanci.com.tr/gunluk/cgk-2017-9-378.htm> Erişim tarihi: 09.06.2024.

¹⁰⁶ TBMM, (n 73) s. 274-275.

¹⁰⁷ Ersan Şen/Özüm Su Uzun, “Kara Para Aklama Suçunda Öncül Suça İlişkin İncelemenin Eksik Yürütülmesinin Gerekçeli Karar Hakkına Etkisi”, 2024. https://www.sen.av.tr/tr/makale/kara-para-aklama-sucundan-ocul-suca-iliskin-incelemenin-eksik-yurutulmesinin-gerekceli-karar-hakkin-etkisi#_ftnref8 Erişim Tarihi: 09.06.2024; Kocasakal, (n 8) s. 224.

¹⁰⁸ Macit, (n 16) s. 177.

Öte yandan, kara para aklama suçunda mutlak ispat olmalı düşüncesi karşısında akla gelen ilk soru şu olur: “Uyuşturucu ticareti kaynaklı kara paranın aklanması suçu soruşturma veya kovuşturmalarda mutlak ispat mümkün müdür?”

Uyuşturucu ticareti ile aklama suçu arasındaki illiyet bağının kurulması, şüpheye yer vermeyen kesin delillerin toplanması ve failin öncül suç ve kara para aklama suçu bakımından kastının ortaya konması gerekmektedir.¹⁰⁹ Bunun için de soruşturmacıların, uyuşturucu ticareti suçunun yukarıda aktarılan iş bölümlerinin ne zaman gerçekleşeceğini bilmesi, bildiği bu fiillerin her birinin işlenmesine izin vererek takip etmesi ve bunu delillendirmesi gerekir. O halde ve bu mantıkla, uyuşturucu ticareti suçunun, bu suçtan elde edilen suç gelirinin ve bu gelirin aklanması aşamalarının kesintiye yer vermeden izlenerek somutlaştırılması şarttır. Uyuşturucu ticareti ve kara para transferlerinin farklı ülkelerde gerçekleşmesi ve basamak yönteminin kullanılması, öncül suçla aklama suçu arasında uzun zaman geçmesine neden olacak, bu da takibin sürekliliğini ve delillendirmeyi imkânsız kılacaktır.¹¹⁰ Bir an için böylesi bir soruşturma yönteminin uygulanabileceğini düşünsük bile sonuçta daha ağır bir suçun görmezden gelinmesi ve kolluk gücü marifetiyle toplum fertlerinin zehirlenmesine neden olunması söz konusu olacaktır. Ceza yargılaması hukuku açısından da “suça teşvik edildi mi?”, “suça iştirak var mı?”, “kamu görevlisinin suçu bildirmemesi mümkün mü?” veya kara paranın aklanması suçu açısından “öncül suç oluştu mu?” tartışmaları ortaya çıkacaktır.

Bu açıklamalar ışığında, uyuşturucu ticaretinden elde edilen kara para ve aklanmış değer, hangi öncül suçtan elde edilmiş olduğu, öncül suçun ne zaman, nerede işlendiği ve ne kadar değer elde edildiğini bilebilmek, bu değerlerin hangi yolla aklandığını tespit edebilmek ve tüm bunlar arasında şüpheye yer vermeden net şekilde illiyet bağı kurup kastı ortaya koyabilmek eşyanın doğasına aykırıdır ve mutlak ispatı mümkün değildir. Bunların çoğunu, kaçakçının kendisinin dahi bilme şansı az olacaktır. Bunlara rağmen aksinin olabileceğinde ısrar edilmesi, TCK 282’nci madde hükümlerinin metrukiyete düşmesine neden olacaktır.

¹⁰⁹ Kocasakal, (n 8) s. 225.

¹¹⁰ Basamak yöntemi, uyuşturucu madde veya kara para sevkiyatlarında, işin başlangıç ve bitiş noktaları arasında yer, bölge, araç veya kurye değişimini ifade eder.

Bu bağlamda, Türk ceza yargılamasında kamu adına sonuca etkisi yüksek mevzuat düzenlemelerinin veya Yargıtay içtihatlarının, çalışmamızın konusu olan uyuşturucu ticaretinden elde edilen gelirlerin aklanması suçu açısından bulunmadığını söyleyebiliriz. Kişinin masum sayılma, masumiyeti kapsamında susma hakkına sahip olma ve kendisine yöneltilen iddiaların kanıtlanmasını isteme hakkı mutlakdır ancak bu mutlaklığın kara para aklama suçu bakımından tartışılması gerektiğini düşünenlerdeniz. Sonuçta kara para aklama suçu bir öncül suçtan kaynaklanır ve öncül suçun yargı kararlarıyla mahkumiyetle sonuçlanması durumunda, kara para aklama suçu bakımından masumiyet karinesinin varlığı ortadan kalkacaktır.¹¹¹

O halde ceza adalet sistemimize, uyuşturucu ticaretinden elde edilen kara paranın aklanması suçunun ispatı bakımından, ispat külfetini paylaşılacak kurallar getirilmeli ve kanuni karine oluşturulmalıdır. Değişiklik düşünülebilecek farklı ağır suçlara, çalışmamız kapsamında olmamasından dolayı değinilmemiştir.

SONUÇ

Her şeyden önce Anayasa'nın 14'üncü maddesi 2'nci fıkrasında, temel hak ve hürriyetlerin Anayasa'da yer almasının, hak ve özgürlükleri ihlal edici eyleme ve bu eylemin meşru sayılmasına olanak sağlamayacağı ifade edilmektedir. Temel haklar kullanılırken dürüst olunması ve iyi niyet kurallarına uyulması gerekmektedir. Dürüstlük ve iyi niyetlilik kavramları toplum fertlerine sorumluluklar yükler.¹¹²

Soyut nitelikli yasalar, somut yaşamı her zaman karşılamayabilir. Küresel ve bölgesel gelişmeler, kentleşme, modernleşme, teknolojik ilerlemeler, dijital çağ ve toplumsal değişimler, yeni suç tür ve yöntemlerinin ortaya çıkmasına ve yürürlükteki mevzuatın bunlarla mücadelede etkisiz kalınmasına neden olabilir.¹¹³ Hukuki kararlarda uygulama birliği sağlamak ve öğreti oluşturmak üzere, temyiz organ-

¹¹¹ Philips v Birleşik Krallık, (n 76) para. 40; Council of Europe, (n 57) s. 3, para. 10.

¹¹² Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001 RG: 08.12.2001/24607, m. 2 ve 3.

¹¹³ İbrahim H. Seydioğulları, Kamusal Hizmetlerin Etkinliğini Artırmada Kurumsal İletişimin Stratejik Önemi: Emniyet Genel Müdürlüğü Narkotik Suçlarla Mücadele Birimleri, Yayınlanmamış Doktora tezi, Ankara, 2022, s. 83.

ları tarafından verilmiş kararların da yanlışlıklara sebep olması ve yetersizliği mümkün olabilir.¹¹⁴

Kara paranın aklanması suçuyla mücadele edilerek, suç organizasyonlarının güç ve kapasitesini artıran ve sürekliliğini sağlayan para kaynaklarının kurutulması, toplumsal barış ortamının sürdürülmesi, yolsuzlukların engellenmesi ile ekonomik sistemin korunması amaçlanmaktadır. Bazı ülkeler tarafından, uyuşturucu ticaretinden kaynaklı kara para aklama suçunun ispatında yaşanan olanaksızlıkları aşabilmek adına ve etkili müsadere tedbirini sağlayabilecek, tersine ispat yükümlülüğü ve genişletilmiş müsadere usulü benimsenmektedir. Uluslararası sözleşmeler ve uluslararası oluşumlar da bu yöntemlere onay vermekte, tavsiyeleri arasına almaktadır. İspat yükümlülüğünü tersine çeviren ve bu yolla genişletilmiş müsadereye imkân tanıyan kanuni düzenlemelerin, “şüpheyi sağlayan delillerin varlığı”, “aksinin şüpheli veya sanık tarafından ispat edilebilmesinin mümkün olması”, “savunma hakkının korunması”, “iyi niyetli üçüncü şahısların haklarının gözetilmesi” sağlanarak ve “tehlikede olanın önemi” dikkate alınarak uygulanabileceği ve böyle bir uygulamanın AİHS’in ilkelerine aykırılık oluşturmayacağı AİHM tarafından kabul edilmektedir.

Aksine ispat, uluslararası sözleşmelerde şimdilik tavsiye niteliğindedir ve ülke izleme derecelendirmelerine dahil edilmemektedir. Ancak birkaç yıl içinde BM, Avrupa Konseyi veya FATF’in, üye ülkeleri düzenleme yapmaları konusunda zorlayacağı öngörülmektedir.

Bu çerçevede ceza adalet sistemimiz için öncelikli olarak yapılması gereken, 29.01.2016 gün ve 6665 sayılı Kanun’la onayladığımız Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin 3’üncü maddesinin 4’üncü fıkrasına ilişkin

¹¹⁴ Ünver, (n 51); Yargıtay’ın yerleşik bazı içtihatlarında, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun oluşabilmesi için ele geçirilen uyuşturucu maddenin varlığı aranmaktadır. Avrupa’da ise son yıllarda verilmiş bazı yüksek mahkeme kararlarında, teknoloji ve bilişim sistemlerindeki gelişmeler sayesinde elde edilen bazı dokümanların, farklı ülkeler tarafından ele geçirilse de delil olarak kullanılabilmesi ve uyuşturucu madde ele geçirilemese de bu deliller üzerinden mahkumiyete hükmedilebileceği kabul edilmektedir. Ayrıntı için bkz. NL Times, “Dutch Authorities Can Use Hacked Encrypted Messaging Services as Evidence: Supreme Court”, 2023. <https://nltimes.nl/2023/06/13/dutch-authorities-can-use-hacked-encrypted-messaging-services-evidence-supreme-court> Erişim Tarihi: 02.09.2024.

ülke beyan ve çekincemizin kaldırılmasıdır.¹¹⁵ Bundan sonra, uluslararası sözleşmelerdeki çekincelerimizin kaldırılmasının bir sonucu olarak 5237 sayılı TCK'nın 55, 282 ve 5271 sayılı CMK'nın 128'inci maddesinde kendiliğinden, başka deyişle *ipso facto* tadile gidilmeli, ispat yükümlülüğünün paylaşılması kapsamındaki hükümler bu kanuni düzenlemelere eklenmelidir. Hukuka, akla ve mantığa uygun bir gerekçe ile yapılacak mevzuat düzenlemeleriyle de Anayasa'ya aykırılık sorunu aşılabilecektir.¹¹⁶ Tadil sonrasında yapılması gereken ise ivedilikle bu suçlarda soruşturma usul ve delil toplama yöntemlerinin geliştirilmesi, ispat yükünün paylaşılması, yeni bir müsadere sisteminin oluşturulması, diğer ifadeyle mücadelenin kurumsallaşabilmesi için müstakil bir uyuşturucu ile mücadele kanunu çıkarılmasıdır.

Ülkemizde uyuşturucuyla mücadele, çok farklı kanun hükümlerine göre ve parçalı bir vaziyette yürütölmektedir. Mücadeleye dayanak olan genel kanunlar bulunduğu gibi özel kanun düzenlemeleri de mevcuttur. Söz gelimi esrar elde etmek için kenevir ekimi suçunda 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun, afyon ekimi düzenlemesi için 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun, uyuşturucu madde yakalamalarına ilişkin ikramiye düzenlemesi için 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, ayrıca soruşturma yöntemleri için 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, ceza yaptırımları için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine gidilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Uyuşturucu kaçakçılığının sınır ötesi özelliği yukarıda detaylı şekilde tartışılmıştır. Sokak suçları da dahil olmak üzere uluslararası niteliği olan bu suçla mücadelede ölkeler arası polisiye iş birliği de zayıftır. Bu nedenle de birçok uluslararası koordinasyon birimi oluşturmuştur.¹¹⁷ Sınır aşan bu suçla mücadelede, sıradan hırsızlık, dolandırıcılık suçları veya organize suç soruşturmalarında kullanılan enstrümanlar yetersiz kalmaktadır. CMK'da belirtilen koruma tedbirleri, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunda delillendirme için

¹¹⁵ 6665 sayılı Kanun, (n 47).

¹¹⁶ İhsan Pekel, Karşıoy Yazısı, AYM 03.06.1988 gün ve E: 1987/28, K: 1988/16 sayılı kararı, 7-9; Council of Europe, (n 57) s. 3; Aydın, (n 58) s. 349.

¹¹⁷ Europol CARIN, Interpol, Avrupa Konseyi ARO ve EGMONT yapılanmaları gibi.

asla yeterli değildir.¹¹⁸ Bu yetersizliği örneklendirecek olursak, sadece bir uyuşturucu sevkiyatının aylarca ve çok farklı ülkelerde sürmesi karşısında, CMK 140'ıncı madde uyarınca en fazla iki ay ve ara vermeden sürdürülmesi zorunlu olan teknik araçla izleme tedbiri nasıl yeterli olacaktır? Kaldı ki örgütlü olmayan suçlarda bu süre bir ayla sınırlıdır. Aynı sorun, CMK 135'inci maddesindeki iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbiri için de geçerlidir. Tedbirler için öngörülen sürelerin kesintili uygulama olanağının sağlanması dahi sorunun çözümünde önemli bir adım olacaktır. CMK 139'uncu maddede yer alan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri ise suça teşvik, suça iştirak ikilemiyle boğuşmakta ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümleriyle sıkça karıştırılmaktadır. İnternet üzerinden işlenen suçlarda sorumluluğun hangi Cumhuriyet Başsavcılığı'nda olacağı çelişkisi giderilememekte, soruşturma yeknesaklığı, soruşturmanın gizliliği veya kamu personelinin güvenliği sağlanamamaktadır.

Uyuşturucu kaçakçılığı ile ilgili söylediklerimiz, bu suçtan elde edilen kara paranın transferi ve aklanması için de geçerlidir. Soruşturma tedbirlerinin uygulanmasında yaşanan küçük bir usul hatası, delillerin hukukiliğinin sorgulanmasına yol açabilmektedir. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, özellikle tersine ispat veya genişletilmiş müsadere yöntemlerinin uygulandığı ülkelerde, kara para ile mücadeleyi de içine alan müstakil uyuşturucuyla mücadele kanunlarının var olduğu görülmektedir. Ülkemizde de mücadelede silahların eşitliğini sağlayabilmek adına, içerisinde güncellenmiş soruşturma tedbir ve yöntemlerine, belki ceza yaptırımlarına da yer verecek bağımsız bir uyuşturucuyla mücadele kanununun yürürlüğe girmesi, bu kanunda, uyuşturucu ticaretinden kaynaklanan kara para aklama ve müsadereye ilişkin olarak belirlenecek sistematığın de ayrıca yer alması gerektiği düşünülmektedir.

O halde müstakil bir uyuşturucuyla mücadele kanunu çıkarılmalı, bu kanunda uyuşturucu ticareti ve bu ticaretten kaynaklı kara paranın aklanmasıyla mücadelede yol, yöntem ve tedbirler etraflıca belirlenmelidir. Bu konuda karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler örnek alınabilir. Uyuşturucu ticaretinden elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması suçunda ispat yükümlülüğü tersine

¹¹⁸ 5271 sayılı Kanun, (n 52) md. 90 ila 140.

çevrilmeli, ispat yükümlülüğü şüpheli veya sanıkla paylaşılmalı, şüpheli veya sanığın elkonulan malvarlığını hangi yasal yollardan edindiğini açıklaması istenmeli, yasal kaynağın gösterilmesi halinde ise bunlar kendisine iade edilmelidir. Aksi halde genişletilmiş müsadere hükümleri uygulanmalıdır. Dünya ve Avrupa’da, çağdaş hukuk sistemine sahip birçok ülkede uygulanan aksine ispat hükümleriyle ilgili görüşümüz 2018 TBMM Meclis Araştırma Komisyonu toplantısında da dile getirilmiştir.¹¹⁹ Terörizme finans sağlama suçu ile uyuşturucu ticareti arasındaki bağı göz önünde bulundurarak, bu suçların da düzenleme kapsamına alınması düşünülebilir. Her ne kadar önerimizde kalıplaşmış kavram olarak ispat yükümlülüğünün tersine çevrilmesinden bahsetsek de esasta Birleşik Krallıktaki gibi ispat yükünün paylaşılması, Fransa örneğindeki gibi sorumluluk kariesinin oluşturulması kastedilmektedir. Şüpheli veya sanığın sahip olduğu malvarlığı değerleri ile yasal gelirleri arasındaki orantısızlığı ispat etme yükünü iddia makamına, malvarlığının yasal kaynağını açıklamayı ise şüpheli veya sanığa bırakan İtalya modeli ülkemizde uygulanabilir.¹²⁰

Türk ceza adalet sistemi ispat yükümlülüğünün tersine çevrilmesi ve genişletilmiş müsadere uygulamalarına yabancı değildir. Bu yönde uygulanmış ve halen uygulanmakta olan kanuni düzenlemeler mevcuttur. Gerekli yasal düzenlemeler bir an önce yapılmalıdır. Aksi halde yasa dışı varlık artışı toplum nezdinde meşru karşılanacaktır. Diğer olumsuzluk ise kamu görevlilerinde kendini gösterecektir. Yolsuzluk suçları, kamu sektörünü, kanun uygulayıcıları, savcı veya hakimleri hedefe alır, organize suç gruplarının azmettirmesi ve rasyonel seçim kuramına uygun davranan kamu görevlisinin ikna edilmesiyle oluşur.¹²¹ Uyuşturucu ticareti ve uyuşturucu satışından elde edilen kara paranın aklanması ile yolsuzluk suçları, organize suç çarkının önemli dişlileridir.¹²² Kamu görevlilerinden istenen ispat yükümlülüğü, onları

¹¹⁹ İbrahim H. Seydioğulları, “Uyuşturucu Madde Bağımlılığı ve Yeni Bağımlılık Türlerinin Araştırılarak Bağımlılığın Nedenlerinin ve Alınacak Tedbirlerin Tespit Edilmesi Maksudıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu 4. Toplantı” *TBMM Tutanak Dergisi*, Ankara 07 Şubat 2018, s. 50-58.

¹²⁰ Council of Europe, (n 57) s. 21.

¹²¹ Becker, (n 15) s. 178 vd.

¹²² Europol, (n 2) s. 9, 10 ve 21; 5506 sayılı Kanun, (n 77) dibace.

yolsuzluk suçuna itme potansiyeli olan ve suçtan endüstriyel ölçekte gelir sağlayan uyuşturucu kaçakçılarında yönelmelidir.

Bahsedilen yasal düzenlemeler gerçekleştiğinde, toplumun devlete, adalete ve hukukun üstünlüğüne olan inancı pekişecek, ekonomik sistemin korunması, toplumsal barış ve güvenliğin sağlanabilmesi mümkün olacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Başak Ramazan, 50 Soruda Kara Para ve Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesi, 1. Basım, TBB Yayınları, Ankara 1998.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul 2021.
- Değirmenci Olgun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu (Kara Para Aklama Suçu) 1. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Değirmenci Olgun, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, 3. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Dinç Güney, Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1. Basım, TBB Yayınları, Ankara 2006.
- Erdinç Cengiz, Overdose Türkiye: Narkoelitlerden Mafyaya Uyuşturucunun Yüzyıllık İstilasası, 2. Basım, Doğan Kitap, İstanbul 2024.
- Erem Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Basım, Işın Yayıncılık, Ankara 1986.
- Ergül Ergin, Kara Ekonomi ve Aklama Suçu, 1. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2005.
- Erman Sahir, Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, 7. Basım, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1983.
- Kaptangil Kerem, Kayıtdışı Ekonomi ve Karapara, 1. Basım, Siyasal Yayınevi, Ankara 2017.
- Mertton Robert K., Social Theory and Social Structure, Enlarged Edition, The Free Press, London 1968.
- Naylor R. Thomas, Wages of Crime: Black Markets, Illegal Finance and The Underworld Economy, Revised Edition, Cornell University Press, Itaca 2004.
- Sutherland Edwin H., Principles of Criminology, 4. Basım, J. B. Lippincott Company, Philadelphia 1947.
- Vitkauskas Dovydas/Dikov Grigory, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Serkan Cengiz (Çev) 2. Basım, Avrupa Konseyi 2018.
- Yıldırım Ali/Şimşek Hasan, Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri, 6. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Makaleler

- Aydın Semih Oğuz, "İspat Yükünü Tersine Çeviren Kanuni Karinelerin Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi", *Adalet Dergisi*, Ankara 2022, 69(2) s. 321-350.
- Başlar Yusuf, "Ceza Muhakemesinde İspat", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2022, 12(2) s. 1383-1399.
- Becker Gary S., "Crime and Punishment: An Economic Approach", *The University of Chicago Press Journal of Political Economy*, 76(2), s. 169-217.
- Bekri M. Nedim, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Ticareti Suçunda (188/3) Delillerin Toplanması ve Failin Kastının Belirlenmesi", *TTB Dergisi*, Ankara 2023, S. 164, s. 97-154.
- Dönmezer Sulhi, "Organize Suçlulukla Mücadele", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2002, Y. 1, S. 1, s. 3-10.
- Dönmezer Sulhi, "Türkiye'de Organize Suçlulukla Mücadelenin Esasları", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2002, Y. 1, S. 1, s. 11-21.
- Gediz Oral Burcu, "Gayri Resmi Değer Transfer Sistemlerinin Kara Para Aklama ve Terörizmin Finansmanındaki Rolü: Hawala Sistemi", *Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, Uşak 2021, 8(2) s. 331-350.
- Macit Ruken, "Uyuşturucu Satıcıları: Damgalanmışların Suç ve Ceza Anlayışı", *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, Ankara 2017, 20(2), s. 173-199.
- Özbek Özer Veli, "Masumiyet Karinesi ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etki Eden Sonuçları", Masumiyet Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı Sempozyumu, 08-09 Eylül 2022 Ankara, s. 29-43, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, 1. Basım, Ankara 2022.
- Smith Dwight C., "Paragons, Pariahs, and Pirates: A Spectrum-Based Theory of Enterprise", *Crime and Delinquency*, US 1980, 26(3) s. 358-386.
- Tokmakkaya Murat, "Karapara Aklama Suçunun Tespitine Dönük İnceleme Sürecine İlişkin Özellik Taşıyan Hususlar", *Vergi Dünyası Dergisi*, İstanbul 2000, S. 222, s. 126-135.
- Yılmaz Sacit, "Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu", Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2011, S. 2, s. 69-97.

İnternet Kaynakları

- Adalet Bakanlığı, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Notu, Eğitim Daire Başkanlığı Yayınları, [https://edb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/26620201539387-Ceza Muhakemesi Hukuku.pdf](https://edb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/26620201539387-Ceza%20Muhakemesi%20Hukuku.pdf) Erişim Tarihi, 07.06.2024.
- Council of Europe, "Burden of Proof Should Be Reversed to Allow Confiscations in Serious Offences: Warsaw Convention Report-Media Release", Strasbourg 30.06.2021, <https://rm.coe.int/0900001680a301d8> Erişim Tarihi, 14.06.2024.
- Council of Europe, "Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism (CETS No. 198)", 2021. <https://rm.coe.int/c198-cop-2021-2prov2-hr-art3-4-en/1680a3019f> Erişim Tarihi, 14.06.2024.

- EMCDDA, "EU Drug Markets Analysis: Key Insights for Policy and Practice". 2024, https://www.emcdda.europa.eu/publications/eu-drug-markets/analysis-key-insights-policy-and-practice_en Erişim tarihi, 20.06.2024.
- Erdinç Cengiz, "Dilan Polatlar Nasıl Kurtuluyor? 1996'da Yasadan Son Anda Çıkarılan İki Kelime". 2023, https://kisadalga.net/yazar/milyar-dolarlik-iki-kelime-bilmesi-gerektigi_85139 Erişim Tarihi, 10.06.2024.
- Europol, "Camden Assesst Recovery Inter-Agency Network". 2012, <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/carin-manual.pdf> Erişim Tarihi, 04.06.2024.
- Europol, "European Financial and Economic Crime Threat Assessment-The Other Side of The Coin: An Analysis of Financial and Economic Crime". Luxembourg 2023, *Publications Office of the European Union*, <https://eucrim.eu/news/europol-published-first-threat-assessment-on-financial-and-economic-crime/>. Erişim tarihi, 12.06.2024.
- FATF, "The FATF Recommendations: International Standards on Combating Money Laundering and The Financing of Terrorism and Proliferation". 2012-2018, <https://rm.coe.int/fatf-recommendations-2012-updated-october-2018-/168093829b> Erişim Tarihi, 04.06.2024.
- FATF, "The FATF Recommendations: International Standards on Combating Money Laundering and The Financing of Terrorism and Proliferation". 2012-2023, <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/recommendations/FATF%20Recommendations%202012.pdf>. [coredownload.inline.pdf](#) Erişim Tarihi, 04.06.2024.
- FATF, "Anti-Money Laundering and Counter-Terrorist Financing Measures-Turkey". Forth Round Mutual Evaluation Report. 2019, <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/mer/Mutual-Evaluation-Report-Turkey-2019.pdf> Erişim Tarihi, 09.06.2024.
- FATF, "Amendments to the FATF Standards to Strengthen Global Asset Recovery". 2023, <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/amendment-FATF-standards-global-asset-recovery.html> Erişim Tarihi, 09.06.2024.
- NL Times, "Dutch Authorities Can Use Hacked Encrypted Messaging Services as Evidence: Supreme Court", 2023. <https://nltimes.nl/2023/06/13/dutch-authorities-can-use-hacked-encrypted-messaging-services-evidence-supreme-court> Erişim Tarihi: 02.09.2024
- Şen Ersan/Uzun Özüm Su, "Kara Para Aklama Suçunda Öncül Suça İlişkin İncelemenin Eksik Yürütülmesinin Gerekçeli Karar Hakkına Etkisi". 2024, https://www.sen.av.tr/tr/makale/kara-para-aklama-sucundan-ocul-suca-iliskinin-incelemenin-eksik-yurutulmesinin-gerekceli-karar-hakkin-etkisi#_ftnref8 Erişim Tarihi, 09.06.2024.
- TBMM, "Uyuşturucu Madde Bağımlılığı ve Yeni Bağımlılık Türlerinin Araştırılarak Bağımlılığın Nedenlerinin ve Alınacak Tedbirlerin Tespit Edilmesi Maksudıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu", 2018. <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/bitstreams/40d3eb68-0f69-47a7-8eda-bfcec810ee16/download> Erişim Tarihi: 09.06.2024.

Türkiye Cumhuriyeti Maliye Bakanlığı, “Mali Eylem Görev Gücü”, <https://masak.hmb.gov.tr/mali-eylem-gorev-gucu> Erişim Tarihi, 09.06.2024.

UNODC, “Money Laundering”, <https://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/overview.html> Erişim Tarihi, 10.06.2024.

Kanunlar ve Diğer Belgeler

Adalet Komisyonu, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Tasarısı, E: 1/487, K: 5 1999.

Askeri Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 1632, Kabul Tarihi: 22.05.1930 RG: 15.06.1930/1520.

Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Tasarısı, 30.07.1999.

Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, Kanun Numarası: 5506, Kabul Tarihi: 18.05.2006 RG: 24.05.2006/26177.

Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004 RG: 17.12.2004/25673.

Council Decision, 2007/845/JHA [2007] OJ L332.

İçişleri Komisyonu, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Tasarısı, E: 1/487, K:8, 1999.

Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun, Kanun Numarası: 1918, Kabul Tarihi: 07.01.1932 RG: 12.01.1932/2000.

Kara paranın Aklanmasının Önlenmesine, 2313 Sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunda, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda ve 178 sayılı Maliye Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 4208, Kabul Tarihi: 13.11.1996 RG: 19.11.1996/22822

Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, Kanun Numarası: 3628, Kabul Tarihi: 19.04.1994 RG: 04.05.1990/20508.

Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Tasarısı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu, 1982-450, Danışma Meclisi: 1/463 MG Konseyi: 1/397.

Suç Gelirlerinin Aklanması, Araştırılması, El Konulması, Müsaderesi ve Terörizmin Finansmanına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 6665, Kabul Tarihi: 29.01.2016 RG: 19.02.2016/29629.

Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 5191, Kabul Tarihi: 16.06.2004 RG: 22.06.2004/25500.

Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 01.03.1926 RG: 13.03.1926/320

Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004 RG: 12.10.2004/25611.

Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001 RG: 08.12.2001/24607.

Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 2313, Kabul Tarihi: 12.06.1933 RG: 24.06.1933/2435.

Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 4136, Kabul Tarihi: 22.11.1995, RG 25.11.1995/22474.

AIHM Kararları

Gogitidze v Gürcistan, (no. 36862/05) 12 Ağustos 2015.

Grayson ve Barnham v Birleşik Krallık, (no. 19955/05, 15085/06) 23 Eylül 2008.

Pham Hoang v Fransa, (no. 13191/87) 25 Eylül 1992.

Philips v Birleşik Krallık, (no. 4187/98) 12 Aralık 2001.

Poletan ve Azirovik v Kuzey Makedonya, (no. 26711/07, 32786/10, 34278/10) 3 Eylül 2014.

Salabiaku v Fransa, (no 10519/83) 7 Ekim 1988.

Van Offeren v Hollanda, (no. 19581/04) 1 Temmuz 2004.

Diğer Kaynaklar

Pekel İ, "Karşıoy Yazısı"AYM gün ve E: 1987/28, K: 1988/16 sayılı karar, 03.06.1988.

Prof. Dr. Yener Ünver'den yazara eposta, 15 Haziran 2024.

Seydioğulları İbrahim H., "Uyuşturucu Madde Bağımlılığı ve Yeni Bağımlılık Türlerinin Araştırılarak Bağımlılığın Nedenlerinin ve Alınacak Tedbirlerin Tespit Edilmesi Maksudıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu 4. Toplantı", *TBMM Tutanak Dergisi*, Ankara 07 Şubat 2018, s. 39-58.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2017/9-378-2018/618, 06.12.2018 <https://www.kazanci.com.tr/gunluk/cgk-2017-9-378.htm> Erişim tarihi: 09.06.2024.

Tezler

Kocasakal Ümit, Karapara Aklama Suçu, Yayınlanmamış Doktora tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2000.

Seydioğulları İbrahim H., Kamusal Hizmetlerin Etkinliğini Artırmada Kurumsal İletişimin Stratejik Önemi: Emniyet Genel Müdürlüğü Narkotik Suçlarla Mücadele Birimleri, Yayınlanmamış Doktora tezi, Hacıbayram Veli Üniversitesi, Ankara 2022.

Yılmaz Sacit, Kara Paranın Aklanması ve Türkiye Boyutu, Yayınlanmamış Doktora tezi, Dumlupınar Üniversitesi, Kütahya 2006.

ELEKTRONİK İMZA KANUNU'NDA DÜZENLENEN SUÇLAR

CRIMES IN THE ELECTRONIC SIGNATURE LAW

Mehmet Onursal CİN*

Özet: Gelişen teknoloji, hukuk düzenine de etki etmekte ve hukuki yöntemler farklılaşmaktadır. Elektronik verilerin sık kullanımı dünya çapında yaygınlaşmaktadır. Elektronik verilerin kullanımındaki artış, bu verileri düzenleyenlerin kimliklerinin doğrulanması zorunluluğu da getirmektedir. Elektronik ortamda oluşturulan verilerin doğruluğunun ve güvenilirliğinin sağlanması için yine elektronik verilere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle ıslak imza ve mühür, yerini elektronik imza ve elektronik mühre bırakmaktadır. Sıklıkla başvuru alan bu yöntemler için gerekli olan yasal düzenleme 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu aracılığıyla yapılmıştır.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda söz konusu elektronik verilerin izinsiz kullanımı ve bu verileri sağlayan elektronik sertifikalarda sahtekarlıkla alakalı suç tipleri düzenlenmiştir. Elektronik imzanın ve elektronik mühürün kamu kurumlarından özel sektöre birçok farklı alanda kullanılması 5070 sayılı Kanun'da yer alan suç tiplerinin ortaya çıkma ihtimalini artırmaktadır. Çalışmamızda elektronik imza kavramı incelenerek söz konusu suç tipleri hakkında değerlendirilme de bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Elektronik İmza, Güvenli Elektronik İmza, İmza Oluşturma Verisi, İmza Oluşturma Aracı, Elektronik Sertifika, Elektronik Mühür

Abstract: Developing technology also affects the legal order and legal methods are changing. Frequent use of electronic data is spreading worldwide. The increase in the use of electronic data also brings the obligation to verify the identities of those who make these data. Electronic data is also needed in order to ensure the accuracy and reliability of electronic data. Therefore, wet signature and seal are replaced by electronic signature and electronic seal. The legal regulation required for these frequently used methods has

* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, onursalcin1@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2451-7779, Makalenin Gönderim Tarihi: 11.08.2024, Kabul Tarihi: 02.09.2024

been made through the Electronic Signature Law No. 5070.

The Electronic Signature Law No. 5070 regulates the types of crimes related to unauthorized use of electronic data and fraud in electronic certificates that provide this data. The use of qualified advanced digital signature and electronic seal in many different areas from public institutions to the private sector increases the possibility of occurrence of the types of crimes included in Law No. 5070. In our study, the concept of electronic signature will be examined and an evaluation will be made about the types of crimes in question.

Keywords: Digital Signature, Qualified Advanced Digital Signature, Signature Generation Data, Signature Generation Tool, Electronic Certificate, Electronic Seal

GİRİŞ

Yaşanan teknolojik gelişmeler sonucu hukuk aleminde de pek çok değişiklik görülmekte, evraka dayalı sistemden elektronik sisteme geçiş zaman ve kaynağın verimli kullanılması açısından önemli ve hatta zorunlu hale gelmektedir. Elektronik verilerin kullanımının yaygınlaşması bu verilerin güvenilirliğinin en üst derecede korunması için hukuکی düzenlemelerin yapılması gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. Zira elektronik verilerin kolaylıkla değiştirilmesi, veriler üzerinde oynama yapılması ve hatta verilerin ortadan kaldırılması mümkündür. Elektronik verilerin güvenilirliği, veriyi düzenleyen kişinin kimlik doğrulaması¹ ve belgenin bütünlüğünün garanti altına alınması ile sağlanabilir. Elektronik imza ve mühürler tam da bu amaca hizmet eden elektronik veriler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Elektronik imza genellikle, elektronik araçlar ile sayılar, harfler, karakterler veya simgeler aracılığıyla sözleşme yapmak ve imzalamak veya yazışma yapmak amacıyla kullanılmaktadır.² Güvenli elektro-

¹ Güvenli elektronik imza, imzalayanın kimlik doğrulamasını yapmayı sağlamaktadır. Gülfer Akın, "Belgede Sahtecilik Suçlarının Konusu Olarak Elektronik/Dijital Belge", *Bilişim Hukuku Dergisi*, 2021, C. 3, S. 1, s. 93; Emine Öz, "Elektronik İmza-Hukuki Boyutuyla" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 21.

² Stephen E. Blythe, "Digital Signature Law of The United Nations, European Union, United Kingdom and United States: Promotion of Growth in E-Commerce With Enhanced Security", *Richmond Journal of Law and Technology*, 2005, C. 11, S. 2, s. 3; Elektronik imzanın amacı kimlik doğrulaması yapmaktır. Sözer, Bülent, "Elektronik İmza Kanunu'na Göre Dijital İmza", Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, Çizgi Basım Yayın, Ankara, 2007, s. 1002.

nik imzanın³ kullanımı için güvenli elektronik imza aracını taktıktan sonra bir yazılım ile şifre girişi yapıp yazılımda belirtilen talimatları takip ederek kısa süre içerisinde imzalama işlemi tamamlanabilmektedir. Özellikle güvenlik anlamında sağladığı kolaylık, reddedilemezlik özelliği, kimlik ve veri doğrulama sistemleri nedeniyle elektronik imza kamusal ve özel sektörde sıklıkla tercih edilmektedir.⁴ Kalem yerine bilgisayarla oluşturulan bu imza verileri güvenli elektronik imza vasfına sahip olduklarında ıslak imza ile eşdeğer kabul edilmektedir.⁵ Kanunda tanımlanan ve ıslak imza ile eşdeğer kabul edilen imza türü güvenli elektronik imzadır. Güvenli elektronik imzada biri açık biri

³ Özellikle AB direktif ve tüzüklerinde güvenli elektronik imza kavramından ziyade nitelikli elektronik imza kavramının kullanıldığı görülmektedir. Ancak çalışmamızda karışıklık yaratmamak adına nitelikli elektronik imza kavramı yerine aynı anlamda olan ve Elektronik İmza Kanunu'nda tercih edilen "güvenli" elektronik imza kavramı tercih edilmiştir. Türk doktrininde elektronik imza, "dijital imza" veya "sayısal imza" olarak da isimlendirilebilmektedir. İnci Bıçkın, "Elektronik İmza ve Elektronik İmza ile İlgili Yasal Düzenlemeler", *TBB Dergisi*, 2006, S. 63, s. 110; Ahmet Sevimli, "Elektronik Sözleşmeler ve ABD Elektronik İmza Yasası", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 1029. Ancak doktrinde bazı yazarlar "elektronik imza" kavramını üst kavram, "dijital imza" ve "sayısal imza" gibi kavramları ise bunun alt tipleri olarak kabul etmektedir. B. P. Aalberts/S. Van Der Hof, "Digital Signature Blindness Analysis of Legislative Approaches to Electronic Authentication", *EDI Law Review*, 2000, C. 7, S. 1, s. 2; Öz, s. 25; Sinem Camcı, "İnternet Üzerinden Kurulan Sözleşmelerde Elektronik İmzanın Hukuki Niteliği", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2020, C. 15, S. 165, s. 1022; İpek Sağlam, "Elektronik Sözleşmeler", Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 155. Bunun yanı sıra "dijital imza" kavramının "güvenli elektronik imza" kavramı yerine kullanıldığı da görülmektedir. Zarife Şenocak, "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, C. 50, S. 2, s. 98. Her ne kadar dijital imza ve elektronik imza kavramları birbirinin yerine kullanılsa da aynı anlamı ifade etmemektedir. Dijital imza elektronik imzanın bir türüdür. Mehmet Ertan Yardım, "Elektronik İmza ve Elektronik İmzanın Medeni Usul Hukukumuzda Etkileri", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 5.

⁴ Kalama M. Lui-Kwan, "Recent Developments in Digital Signature Legislation and Electronic Commerce", *Berkeley Technology Law Journal*, 1999, C. 14, S. 1, s. 466; Thomas J. Smedinghoff, "Electronic Contracts and Digital Signatures: An Overview of Law and Legislation", *Journal of Equipment Lease Financing*, 1998, C. 16, S. 2, s. 7.

⁵ Smedinghoff, s. 7. Dolayısıyla güvenli elektronik imzayla imzalanmış bir belge klasik anlamda hazırlanan bir belgenin tüm unsurlarını taşımaktadır. Kalemle atılan ıslak imza yerine güvenli elektronik imza kullanılabilir. Akın, s. 94.

gizli olmak üzere ikili anahtar sistemi kullanılmaktadır.⁶ Her imzalanın belgede benzeri olmayan bir güvenli elektronik imza bulunmaktadır. Bu özellik sayesinde ıslak imzadan farklı olarak imzanın taklit edilebilirliği mümkün olmamaktadır.⁷ İlgili belge yalnızca gizli anahtara sahip imza yetkilisi tarafından oluşturulabilir ve bu belgeye yalnızca açık anahtara sahip kullanıcı tarafından erişilebilir.⁸ Aynı güvenilirlik sebebiyle 2021 yılından itibaren resmi mühür dahil her türlü fiziki mührün yerini elektronik mühür almaya başlamıştır. Gün geçtikçe uygulaması yaygınlaşan elektronik imza son olarak kimlik kartlarına tanımlanabilir hale gelmiştir.⁹ Elektronik Devlet (E-devlet) uygulamasıyla birlikte çoğu devlet hizmeti vatandaşa elektronik ortamda sunulmaktadır. Devlet tarafından bu hizmetin hızlı ve güvenli sürdürülebilmesi adına doğrulamaların sağlanabilmesi için elektronik imza kullanımı önemli hale gelmiştir.¹⁰

Elektronik imza ve elektronik mühür ile alakalı Türk hukukundaki temel mevzuat, 23.01.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'dur. İlgili Kanun'un 20. maddesi doğrultusunda, bu Kanun'un uygulanmasına yönelik usul ve esaslar Telekomünikasyon Kurumu tarafından ilgili kurum ve kuruluşların görüşü alınmak suretiyle hazırlanacak yönetmelikler ile belirlenmektedir. Kanunlarda elektronik imza ile alakalı yer alan hükümler kıyasen elektronik mühür hakkında da uygulanmaktadır.

Çalışmamızda elektronik imzanın yöntemi ele alınarak 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda düzenlenen suç tipleri ele alınacak olup bu suç tipleri temelde elektronik imza üzerinden incelenecektir. Zira elektronik imza ve elektronik mühür temelde aynı amaca hizmet eden elektronik verilerdir ve bunlar arasındaki ayırım elektronik imza ve

⁶ Aalberts/Van Der Hof, s. 6; Rolf Rissnaes, "Digital Certificates and Certification Services", Scandinavian Studies in Law, 2004, S. 47, s. 134.

⁷ Smedinghoff, s. 7.

⁸ Lui-Kwan, s. 467; Rissnaes, s. 134.

⁹ 15.10.2021 tarihinden itibaren "kimlik kartına uzaktan nitelikli elektronik sertifika ve benzer altyapıyı kullanan farklı elektronik sertifikalar" yüklenebilir hale gelmiştir. Bu hususta detaylı düzenleme Elektronik İmza Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te yer almaktadır. RG., 15.10.2021, S. 31629.

¹⁰ Gabriel Lentner/Peter Parycek, "Electronic Identity (eID) and Electronic Signature (eSig) for eGovernment Services - A Comparative Legal Study", Transforming Government: People, Process and Policy, 2010, C. 10, S. 1, s. 11.

elektronik mühür sahipleri arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla elektronik imza ile alakalı yapılacak açıklamalar elektronik mühür için de değerlendirmeye alınabilir. Ayrıca elektronik mühür oluşturma verilerinin izinsiz kullanımına yönelik 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu Ek Madde 1 hükmünde yer alan suç tipi, aşağıda detaylı yer verilen elektronik imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı suçunu düzenleyen 5070 sayılı Kanun m. 16 ile neredeyse aynı olduğundan ilgili kısımlarda yalnızca iki hüküm arasındaki benzerliklere ve farklılara değinilmekle yetinilecektir.

I. ELEKTRONİK İMZA

İmza, “Bir kimsenin herhangi bir belgeyi yazdığını veya onayladığını belirtmek için her zaman aynı biçimde kullandığı işaret” olarak tanımlanmaktadır.¹¹ Genellikle onaylama ve kabul anlamına gelen imza, aynı zamanda imzalanan belgenin görüldüğü, okunduğu ve anlaşıldığı şeklinde yorumlanmaktadır.¹² İmza, kişinin kural olarak eliyle oluşturmaları şeklinde günlük yaşantımızda karşımıza çıkmaktadır. Hukuki olarak bakıldığında, 2525 sayılı Soyadı Kanunu m. 2’de yer verilen düzenlemeye göre, kişinin adının önde soyadının arkada olacak şekilde imza atması esastır. Ancak bir imzaya hukukilik kazandıran kişinin eliyle ve belirtilen şekilde imzalanmış olması değildir.¹³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 206’ya göre, okuma yazma bilmediği için imza atılamaması halinde hukuki işlemlerin geçerliliği için noter tarafından düzenleme biçiminde parmak basmak, mühür vurmak gibi haller de imzaya eş değer kabul edilmektedir. Dolayısıyla okuma yazma bilmeyenlerin yapacağı hukuki işlemlerde belgelerin senet niteliğinin kabulü için mühür veya parmak izinin atıldığı belgenin noter tarafından onaylanması veya düzenlenmesi gerekmektedir. Mühür, alet veya parmak izi kullanımının kabulü kanun lafzından da anlaşılacak şekilde ancak kişinin okuma yazma bilmemesine bağlanmıştır.¹⁴

¹¹ TDK., Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 30.12.2020,

¹² Gökhan Ahi, “Hukuki Bakımdan Dijital (Sayısal) İmza”, *Bilişim ve Hukuk Dergisi*, 2008, S.8, s. 28.

¹³ Legal Dictionary, <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/signature>, E.T. 30.12.2020,

¹⁴ “Şu hâlde, mühür veya el işareti (mesela parmak izi) kullanmak, yalnız yazı bilmeyenler veya imza atamayanlar içindir.” YHGK., E. 2002/16-763, K. 2002/799, K.T. 09.10.2002, <https://www.kararara.com/>.

Teknolojik gelişmeler, ticaretin uluslararası boyuta ulaşması, idari teşkilatlanmasının hızlanmasının gerekliliği, yazışma ve sistemlerin güvenlik gerekçeleri ile ıslak imza yerine elektronik imza kullanımı hayatımıza dahil olmuştur. Günümüzde elektronik imzalar sıklıkla kullanıldığından elektronik belge yönetim sistemleri ve elektronik arşivler de fiziki arşivlemenin yerine geçmeye başlamıştır.¹⁵ Elektronik imzanın ıslak imzanın yerine kullanılmaya başladığı bu süreçte hukuki düzenlemeye duyulan ihtiyaç neticesinde 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu yürürlüğe girmiştir.¹⁶ Yabancı hukuk sistemlerindeki uygulamalar da Elektronik İmza Kanunu ile benzer düzenlemelerin yer aldığı mevzuatlar bulunmaktadır. Teknolojinin yaygınlaştığı 1990'ların sonları itibariyle demokratik hukuk devletlerinde elektronik imzanın kullanımı yasal zemine oturtulmaya çalışılmıştır.¹⁷ Özellikle 1999 yılından itibaren Elektronik İmza Kanunun benzeri kanuni düzenlemeler pek çok ülkede yapılmıştır. Öncelikle 1997 tarihinde Almanya mevzuatında düzenlenen¹⁸ elektronik imzaya ilişkin hükümlere daha sonra 1998 yılında Malezya ve Singapur,¹⁹ 1999'da ise İtalya,²⁰ Avustralya²¹ ve Kore²² mevzuatlarında yer verilmiştir.²³ 2000 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde elektronik imzanın ıslak imza ile eşdeğer tutulduğu E-SIGN Act (Electronic Signatures In Global And National Commerce Act) yürürlüğe girmiştir.²⁴ Ayrıca örneğin, 2002'de

¹⁵ Mesut Ertanhan, Kamu Görevlilerinin İmza, Paraf ve Elektronik İmzalarından Doğan Sorumlulukları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 25.

¹⁶ RG., 25355, 23.01.2004.

¹⁷ Sezen Yeşil/Mustafa Alkan/Tayfun Acarer, "E-İmza Uygulamalarında AB ve Türkiye'de Mevcut Durum ve Öneriler", Ulusal Elektronik İmza Sempozyumu Bildiriler Kitabı, ed. Mustafa, Alkan/Şeref, Sağiroğlu, 2006, s. 1.

¹⁸ Mesut Orta, Elektronik İmza ve Uygulaması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 144.

¹⁹ Aalberts/Van Der Hof, s. 22.

²⁰ Aalberts/Van Der Hof, s. 18.

²¹ George B Delta/Jeffrey H. Matsuura, Law of The Internet-I, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2021, s. 90.

²² Jaeso Ahn, "Analyzing and Evaluating the 2020 General Amendments to the Korean Digital Signature Act", *Journal of Korean Law*, 2021, C. 20, S. 2, s. 579.

²³ Şeref Sağiroğlu/Mustafa Alkan, Her Yönüyle Elektronik İmza, Grafiker Yayınları, Ankara, 2005, s. 54.

²⁴ Electronic Signatures In Global and National Commerce Act, Public Law 106-229—June 30, (2000), 19.04.2021, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/>

İngiltere’de²⁵ ve Yeni Zelanda’da,²⁶ 2004’te Çin’de,²⁷ 2011’de Rusya Federasyonu’nda²⁸ elektronik imza mevzuatı düzenlenmiştir. Avrupa Birliği²⁹ kapsamındaki ülkelerde de elektronik imza ile alakalı kanuni düzenlemelere yer verilmiştir.³⁰ Elektronik imza için topluluk çerçevesini çizen 13 Aralık 1999 tarih ve 1999/93/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi model alınarak Elektronik İmza Kanunu oluşturulmuştur. 1999 tarihli direktif sonrasında, teknolojik yenilikler doğrultusunda 2016’da yeni tüzük olan eIDAS (910/2014/EC)³¹ hazırlanmış ve elektronik imza ve güven hizmetleriyle alakalı çeşitlendirmeler yapılmıştır.

2016 tarihli eIDAS’da basit, gelişmiş ve güvenli olmak üzere üç tip elektronik imza tanımlaması yapılmaktadır.³² Basit elektronik imza,

PLAW-106publ229/pdf/PLAW-106publ229.pdf,. Amerika Birleşik Devletleri mevzuat ve doktrininde ıslak imza ile eş tutulan güvenli elektronik imza kavramı “digital signature” olarak ifade edilmektedir. Aalberts/ Van Der Hof, s. 17.

²⁵ Electronic Signatures Regulation Act 2002, 19.04.2021, <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2002/318/contents/made>.

²⁶ Delta/Matsuura, s. 93.

²⁷ Law of the People’s Republic of China on Electronic Signatures, 19.04.2021, http://www.china.org.cn/business/2010-01/21/content_19281152.htm.

²⁸ Russian Federation The Federal Law On Electronic Signature, 19.04.2021, <https://afyonluoglu.org/PublicWebFiles/e-imza/int-legislation/Russia-Federal%20Law%20on%20e-Signatures.pdf>.

²⁹ Daha önce örneğin, 2000 yılında İsveç, 2009 yılında Finlandiya gibi bazı ülkeler bireysel olarak elektronik imzayı kabul etmiştir. Countries That Have Made Electronic Signatures Legal, 19.04.2021, <https://pdf.co/articles/countries-where-electronic-signature-legal>. 2016 yılında eIDAS ile topluluk açısından yeknesaklık sağlanmıştır.

³⁰ Farklı ülkelerdeki elektronik imza mevzuatları hakkında detaylı bilgi için bkz. Keser Berber, Leyla, İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 128-134; Yeşil/Alkan/Acarer, s. 2-4.

³¹ İngilizce açılımı “Electronic Identification and Trust Services For Electronic Transactions In The Internal Market” olan eIDAS elektronik işlemler için kimlik tanımlama ve güven hizmetleri için getirilen Avrupa Birliği düzenlemesi standarttır. eIDAS ile güvenilir ve kolay kullanılabilir sektörler arası elektronik işlemlerin çerçevesi çizilmek istenmiştir. Bu düzenleme ile 1999/93/EC Direktifinin müktesebatı genişletilmiştir. Regulation (EU) No. 910/2014 Of The European Parliament and Of The Council, Official Journal of the European Union, 1, 31.12.2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0910&from=EN>.

³² Doktrinde bu ayırım elektronik imza, ileri elektronik imza ve güvenli elektronik imza olarak da isimlendirilebilmektedir. Baki Yiğit Çakmakkaya, Türk Vergi

imzalayanın belgeyi kabul ettiği veya onayladığını ortaya koyan elektronik imza tipidir.³³ Basit elektronik imza bir butona basılması gibi nispeten kolay bir şekilde gerçekleşmektedir. Bunun yanı sıra çok sayıda ilgiliye gönderilmesi gereken bir belgeyi imzalamak gerektiğinde yetkili kişinin el yazısıyla imza atması mümkün olmayacağından basit elektronik imza olarak değerlendirilen bilgisayar ortamından taranma yoluyla imzalama söz konusu olabilmektedir. Basit elektronik imzaların güvenilirliği tam manasıyla sağlanamamaktadır.³⁴ Zira basit elektronik imza ile imzalanmış bir veride değişiklik yapılabileceği gibi kimlik tespiti de mümkün değildir.³⁵ Basit elektronik imzanın güvenlik konusundaki yetersizliği daha güvenilir elektronik imzalar oluşturulmasını zorunlu kılmıştır. Gelişmiş elektronik imza, basit elektronik imzaya güvenlik için eklenen birtakım özellikler doğrultusunda ortaya çıkmış imza tipidir.³⁶ Gelişmiş elektronik imza, imza sahibiyle bağlantılı olduğundan imza sahibinin belirlenebildiği, imza sahibinin kontrolünde verilerin düzenlendiği ve verilerde yapılan değişikliğin tespit edilebildiği bir imza tipidir.³⁷ Ancak gelişmiş elektronik imza da hukuki güvenlik açısından tam manasıyla yeterli kabul edilememiştir.³⁸ Güvenli elektronik imza, ıslak imza ile eşdeğer kabul edilen gü-

Hukukunda Elektronik İmza Uygulamaları ve Adaptasyonu, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 5.

³³ Islak imza veya ıslak imzalı metin tarandığı durumda basit elektronik imza ile imzalanmış veri ortaya çıkmış olur. Yardım, s. 7; Kamu Sertifikasyon Merkezi, Biyometrik İmza ve Nitelikli Elektronik İmza Karşılaştırması, 30.12.2020, http://kamusm.gov.tr/dosyalar/beyazbulten/Biyometrik_Imza_ve_Nitelikli_Elektronik_Imza_Karsilastirmasi_Whitepaper.pdf. Basit elektronik imzada sadece veri bütünlüğünün koruma altında olduğu gösterilir. Orta, s. 106.

³⁴ Yardım, s. 7.

³⁵ Nadim Farah, "What's the Difference between Advanced and Qualified Signatures in eIDAS?", 2020, <https://www.globalsign.com/en-in/blog/difference-between-eidas-advanced-and-qualified-electronic-signatures>.

³⁶ Orta, s. 106; Öz, s. 69.

³⁷ eIDAS, 28, 31.12.2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0910&from=EN>.

³⁸ Gelişmiş elektronik imzanın mevzuatımızda bir yeri bulunmamaktadır. Emine Halman Çetin, "Elektronik Belgelerin Hâkim Tarafından Delil Olarak Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2011, C. 6, S. 54, s. 62; Mine Erturgut, "Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-belge ve E-imza", *Bankacılar Dergisi*, 2003, S. 48, s. 70; Mustafa Yılmaz, "Elektronik İmzalı Belgelerin Karşılaştırmalı Hukukta ve İdarî Yargılama Hukukunda Delil Niteliği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı Cevdet Yavuz'a Armağan*, 2016, C. 22, S. 3, s. 3442.

nümüzde güvenlik açısından en çok tercih edilen nitelikli imza tipidir. Güvenli elektronik imzanın basit ve gelişmiş elektronik imzadan farkı, sertifikaya dayanması³⁹ ve yalnızca imza oluşturma aracı ile kullanılabilmesidir.⁴⁰ Güvenli elektronik imzanın üç özelliği vardır: Bilgi bütünlüğü, kimlik doğrulama ve inkar edilemezlik.⁴¹ Güvenli elektronik imzalar elektronik bir sertifikaya dayanmaktadır ve bu sertifikalar da ancak ilgili ülkenin belirlediği kurumlar tarafından akredite edilmiş bir Elektronik Hizmet Sertifika Sağlayıcı tarafından verilmesi halinde geçerli olur.

Türk hukukunda elektronik imzanın yasal çerçevesi 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile çizilmiştir. Elektronik İmza Kanunu düzenlemesi, elektronik imzanın teknik ve hukuki yönlerinin anlaşılması ve kullanımına ilişkin esasların belirtilmesi amaçlamıştır.⁴² 5070 sayılı Kanun ile düzenlenen elektronik imza, *“Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri”* olarak tanımlanmıştır. Tanımda yer alan elektronik veri ise, *“Elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtlar”* olarak ifade edilmektedir. Elektronik imzayla ilgili bir başka tanım Resmî Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’te bulunmaktadır. İlgili Yönetmeliğin amacı, elektronik imza ile ıslak imzalı yazışmalara ilişkin kuralları

³⁹ Burcu Erbayraktar, Güvenli Elektronik İmza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 6.

⁴⁰ “Güvenli elektronik imza; münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan ve imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzadır.” Öz, s. 65; eIDAS, s.12.31.12.2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=C ELEX:32014R0910&from=EN>.

⁴¹ Michael Bromby, “Identification, Trust and Privacy: How Biometrics Can Ais Certification of Digital Signatures”, *International Review of Law, Computers & Technology*, 2010, C. 24, S. 1, s. 135; Thomas J. Smedinghoff/Bro Ruth Hill, “Moving with Change: Electronic Signature Legislation as a Vehicle for Advancing E-Commerce”, *John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law*, 1999, C. 17, S. 3, s. 745-748; Ferda Topcan, “E-İmza Teknolojisi”, *TODAİE e-Devlet Merkezi Uygulamalı E-İmza Semineri* (2011), s. 13, <https://cdn2.beun.edu.tr/bid b/119ce0b4466f34d9159e2fe63b78bfd5/1eimzateknolojisi.pdf>, E.T. 31.12.2020; Öz, s. 29-32.

⁴² Kanunun amaç ve kapsamı yönünden eleştirel yaklaşım için bkz. Sözer, s. 1003.

belirleyerek hızlı ve güvenli bilgi veya belge alışverişinde uygulama birliği sağlamaktadır. Yönetmelik m. 3/j'de güvenli elektronik imza, *"Münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin ve imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imza"* olarak tanımlanmıştır. Yönetmelikte verilen bu detaylı tanım elektronik imza türlerinden biri ve en çok tercih edileni olan güvenli elektronik imzaya ilişkindir. Doktrinde de elektronik imza, veri mesajını gönderen kişinin kimliğini belirlemeye yarayan ve harf karakter ve sembollerden oluşan elektronik veri bütünü olarak tanımlanmaktadır.⁴³

Güvenli elektronik imzanın geçerliliği için nitelikli elektronik sertifikaya sahip olması gerekmektedir. Nitelikli elektronik sertifikanın taşınması gereken özellikler 5070 sayılı Kanun m. 9'da yer almaktadır. Elektronik sertifika Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcı tarafından verilir. Dolayısıyla kişi, ıslak imza yerine elektronik imza kullanmak amacıyla ise usulüne uygun akredite edilmiş bir hizmet sağlayıcıya başvurması ve elektronik sertifika ile güvenli hale gelmiş bir elektronik imza alması gerekmektedir.⁴⁴ Elektronik sertifika, 5070 sayılı Kanun'a göre, *"İmza sahibinin imza doğrulama verisini ve kimlik bilgilerini birbirine bağlayan elektronik kaydı"* ifade etmekte ve ehliyet veya pasaport gibi kimlik doğrulama kartlarının elektronik karşılığı olarak kabul edilmektedir.⁴⁵ Elektronik sertifikayı vermeye yetkili Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcıları Türkiye'de Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından akredite edilmektedir. Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcı, 5070 sayılı Kanun m. 8'e göre, *"Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, elektronik sertifika, zaman damgası ve elektronik imzalarla ilgili hizmetleri sağlayan kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerdir."*

⁴³ Sağlam, s. 154.

⁴⁴ Mustafa Fadıl Yıldırım, "Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukukî Sorumluluğu", *AÜEHFD*, 2004, C. 8, S. 3-4, s. 266.

⁴⁵ Orta, s. 45; Sevim, Tuğrul, "Elektronik İmza Uygulamasında Kullanılan Zorunlu ve İhtiyari Dokümanlar", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 8.

Güvenli elektronik imza ikili anahtar yöntemi ile oluşturulmaktadır.⁴⁶ Anahtar, şifrelemenin temel unsuru olan bir algoritmadır.⁴⁷ İkili anahtar yönteminde biri açık biri gizli olmak üzere iki anahtar bulunmaktadır. Gizli anahtar göndericide açık anahtar ise alıcıdadır.⁴⁸ Açık anahtar sayesinde alıcı gönderilen belgenin gönderici tarafından gönderildiğini doğrulamaktadır.⁴⁹ Alıcının bilgisayarı gönderici ile aynı algoritmayı kullanan bir program sayesinde veriyi aldığı anda açık anahtarı kullanır ve otomatik olarak elektronik imza şifresini çözer.⁵⁰ Bunun nedeni, göndericinin gizli anahtarı ile şifrelenmiş bir belgenin yalnızca alıcının açık anahtarı ile çözülebilecek olmasıdır.⁵¹

Göndericinin kimliğinin doğrulanmasının yanında belgede değişiklik yapıp yapılmadığı da anahtarlar sayesinde anlaşılabilir. ⁵² Alıcının bilgisayarı, göndericiyle aynı algoritmayı kullanan bir programda iletilen veriyi aldığı anda iki mesajın şifreleri otomatik olarak eşleşmelidir. Eşleşme olduğunda göndericinin iletisinin değişmeden alıcıya iletildiği doğrulanacaktır.⁵³ Elektronik imza, belgenin değiştirilemez biçimde düzenlenmesini sağlamak ve bu şekilde güvenilirliğini artırmaktadır.⁵⁴

Açık ve gizli anahtar kavramları 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda farklı şekilde ifade edilmiş olup; gizli anahtar yerine "imza

⁴⁶ Yee Fen Lim, "Digital Signatures, Certification Authorities: Certainty in The Allocation of Liability", *Singapore Journal of International & Comparative Law*, 2003, C. 7, S. 1, s. 185; Smedinghoff, s. 7; Topcan, s. 4. Elektronik imzanın asıl unsurunu oluşturan "hash değeri" hakkında detaylı bilgi için bkz. Sözer, s. 1012-1014.

⁴⁷ Sözer, s. 1009.

⁴⁸ Sevim, s. 9; Yardım, s. 14.

⁴⁹ Brian W. Smith/Paul S. Tufaro, "To Certify or Not To Certify The OCC Opens the Door To Digital Signature Certification", *Ohio Northern University Law Review*, 1998, C. 24, S. 4, s. 815. Açık anahtar altyapısının temel görevi, elektronik ortamda güvenilir ortamın oluşturulmasının sağlanmasıdır. Sağroğlu/Alkan, s. 75.

⁵⁰ Smedinghoff, s. 8-9; Topcan, s. 5.

⁵¹ Rissnaes, s. 134; Smedinghoff, s. 9; Topcan, s. 5. Bu özellik "erişim kontrolü" olarak isimlendirilmektedir. Biçkin, s. 114.

⁵² Smedinghoff, s. 8.

⁵³ Farah, <https://www.globalsign.com/en-in/blog/difference-between-eidas-advanced-and-qualified-electronic-signatures>, 30.12.2020; Smedinghoff, s. 9.

⁵⁴ ENISA EUROPA, "Security Guidelines on The Appropriate Use of Qualified Electronic Signatures", 2016, s. 13, <https://www.enisa.europa.eu/publications/security-guidelines-on-the-appropriate-use-of-qualified-electronic-signatures>, E.T. 30.12.2020.

oluşturma verisi"⁵⁵; açık anahtar yerine ise *"imza doğrulama verisi"*⁵⁶ kavramının kullanıldığı görülmektedir. İki anahtardan (veriden) biri olmadıkça diğeri kullanılamaz.⁵⁷ Güvenli elektronik imzanın oluşturulması amacıyla kullanılan imza oluşturma verisini kullanan yazılım veya donanım aracı (imza oluşturma aracı) ile veri oluşturulduktan sonra alıcı tarafından kullanılacak araç ile (imza doğrulama aracı) doğrulanmaktadır. İmza oluşturma ve doğrulama aracı da elektronik imza gibi Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcı tarafından sağlanmakta ve korunmaktadır.⁵⁸ İmza oluşturma araçları, imza oluşturma verilerinin (gizli anahtarlar) gizliliğini sağlayan, başkalarının kullanmasını ve sahteciliği önleyen ve imza sahibi dışında değiştirilememesini sağlayan araçlardır. İmza sahibine ait olan bu araç imza sahibinin tasarrufundadır.⁵⁹ İmza oluşturma araçları sayesinde imza oluşturma verilerinin (gizli anahtar) bir eşi daha oluşturulamamaktadır. Güvenli elektronik imza gönderici tarafından oluşturulduktan sonra alıcının bunu doğrulaması için imza doğrulama verisini ve aracını kullanması gerekmektedir. Dolayısıyla imza oluşturma verisi gönderiyi şifreleyen; imza doğrulama verisi deşifre etmektedir.⁶⁰

Elektronik imza ile veri hazırlanıp gönderilmesi sürecinde üçüncü kişi ile güvenli elektronik imza sahibi arasında nitelikli sertifikaya dayalı bir güven ilişkisi söz konusu olmaktadır.⁶¹ Bu güven ilişkisi elektronik imzaya atfedilen hukuki değerden kaynaklanmaktadır. Zira elektronik imzaların hukuki etkisi ve delil değeri reddedilemez.⁶² Islak

⁵⁵ "İmza oluşturma verisi, imza sahibine ait olup kişinin imzasıyla kişi arasında bağlantı kurar." Gürselin Ozer, Elektronik İmza ve Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 57.

⁵⁶ Elektronik İmza Kanunu m. 3'te imza doğrulama verisi, "Elektronik imzayı doğrulamak için kullanılan şifreler, kriptografik açık anahtarlar gibi veriler" olarak tanımlanmıştır.

⁵⁷ Sözer, s. 1020.

⁵⁸ Farah, <https://www.globalsign.com/en-in/blog/difference-between-eidas-advanced-and-qualified-electronic-signatures>, E.T. 30.12.2020.

⁵⁹ Sözer, s. 1020.

⁶⁰ Orta, s. 43.

⁶¹ Erbayraktar, s. 250.

⁶² ENISA EUROPA, s. 13. Güvenli elektronik imza, imza sahibine ve üçüncü kişiye bazı yükümlülükler yükler. Buna göre imza sahibi, nitelikli elektronik sertifikaya dayandırılarak oluşturulan güvenli elektronik imzanın gerçeğe uygunluğunu sağlamaya yönelik özen yükümlülüğü yüklenirken; üçüncü kişi de görünüşün

imza ile aynı sonuçları doğuran güvenli elektronik imza, kural olarak hukuki işlemlerin tümünde geçerlidir. Bu hususa hem 5070 sayılı Kanun m. 5/1 ve Borçlar Kanunu m. 15'te yer verilmiştir. 5070 sayılı Kanun m. 5'e göre, özellikle tamamlanması için tarafların imzasının yeterli olduğu yazılı işlemlerin güvenli elektronik imza ile yapılması mümkündür.⁶³ Kuralın istisnası ise, 5070 sayılı Kanun m. 5/2'de düzenlenmektedir. Kanunlarda resmi şekle veya özel bir merasime bağlanmış hukuki işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez. 5070 sayılı Kanun m. 22, 23, 24 farklı kanunlarda yapılan değişiklikler ile ilgilidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 205'e göre, "*Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, senet hükmündedir.*" Buna göre, güvenli bir elektronik imza usulüne uygun şekilde oluşturulmuş ve bu imza ile imzalanmış bir veri adi senet hükmündedir. Güvenli elektronik imzanın usulüne uygun düzenlenmediği iddia edilebilir. Bu hususu ispat yükümlülüğü ise, nitelikli imzanın geçerliliğinden şüphe duyan tarafa aittir.⁶⁴ Ancak güvenli elektronik imzanın doğruluğu hâkim tarafından resen incelenir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 205/3'te de bu husus açıkça düzenlenmiştir: "*Hâkim, mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını resen inceler.*" Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 210'a göre, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş bir veri inkâr ediliyorsa hâkim öncelikle veriyi inkâr eden tarafı dinler. Hâkim yaptığı dinlemeden kanaate ulaşamamışsa bilirkişi incelemesine başvurulabilecektir. Kanuna göre yazılı şekil şartı olan sözleşmeler için de bir güvenli elektronik imza düzenlemesine yer verilmiştir. Borçlar Kanunu m. 14'te göre, güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil olarak kabul edilir.

Bu noktada Elektronik İmza Kanunu'nda yer alan elektronik imzanın benzeri bir elektronik veri tipi olarak elektronik mühür düzenlemesine de değinmek gerekmektedir. 7263 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına

gerçekliğini kendisinden beklenebilecek dikkat ve özen yükümlülüğü kapsamında kontrol etmek yükümlülüğü altındadır. Erbayraktar, s. 253-254.

⁶³ Sözer, s. 1022.

⁶⁴ FARAHI, <https://www.globalsign.com/en-in/blog/difference-between-eidas-advanced-and-qualified-electronic-signatures>, E.T. 30.12.2020,

Dair Kanun m. 14 yoluyla 28.01.2021 tarihinde 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda yapılan değişiklikle elektronik mühür ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir.⁶⁵ 5070 sayılı Kanun Ek Madde 1'e göre, "Elektronik mühür, başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve mühür sahibinin bilgilerini doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veridir." Görüldüğü üzere esasen elektronik imza ve elektronik mührün tanımı ve kullanım amacı aynı olup sahipleri yönünden bir ayrıma gidilmektedir. Bu açıdan elektronik imza ve elektronik mühür arasındaki ayrım fiziki imza ve fiziki mühür arasındaki ayrımla eş değerdir. Elektronik imza gibi elektronik mühür de "resmî mühür dâhil her türlü fiziki mühür ile aynı hukuki niteliği haizdir."

Elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtlara eklenen veya bunlarla mantıksal bir bağlantısı bulunan bir elektronik veri olarak elektronik mühür kullanılabilir. Burada amaç elektronik mühür sahibinin bilgilerini doğrulamaktır. Elektronik mühür kullanıldığında, mührün kullanıldığı elektronik verinin mühür sahibi tarafından oluşturulduğu anlaşılmakta ve bu sayede verinin güvenliği sağlanmaktadır. Kanun koyucu bu hususu 5070 sayılı Kanun Ek Madde 1/3'te "Elektronik mühür, elektronik belgenin⁶⁶ veya verinin mühür sahibi tarafından oluşturulduğunu, belgenin veya verinin kaynağını ve bütünlüğünü garanti eden delil kayıdır" düzenlemesiyle vurgulamaktadır. Bu açıdan elektronik mühür ile resmi mühürler dahil fiziki mühür arasında bir fark bulunmamaktadır. Elektronik imza sahibinin yalnızca gerçek kişiler olabileceğini belirten Kanun, elektronik mühür sahiplerini ise "elektronik mührü oluşturan kamu kurum ve kuruluşları, kamu idareleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile yargı mercileri ve noterlikler" olarak göstermiştir.

⁶⁵ RG., 03.02.2021, 31384. Elektronik imza gibi sahibinin kimliğini doğrulamaya yarayan bir veri olarak kullanılan elektronik mühür için elektronik imza gibi detaylı bir düzenlemeye gidilmemiş olup Ek Madde 1'de yapılan düzenlemeler haricinde, Kanunlarda yer alan elektronik imzaya ilişkin hükümlerin kıyasen elektronik mühür hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

⁶⁶ Elektronik belge, "elektronik ortamda sayısal olarak kodlanmış şekilde bulunan elektronik veriler" olarak tanımlanmaktadır. Erturgut, s. 66.

II. ELEKTRONİK İMZA KANUNU'NDA DÜZENLENEN SUÇLAR

A. Genel Olarak

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu İkinci Bölüm Üçüncü Kısımında cezai hükümler düzenlenmiştir. 5070 sayılı Kanun m. 16 ve m. 17'de hapis ve adli para cezası gerektirir iki adet suç tipi düzenlenmiş iken m. 18'de Kanun'da belirtilen maddelerde yer alan yükümlülüklerle aykırılık halinde ortaya çıkacak idari para cezası ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Aynı Kanun Ek Madde 1'in 5. fıkrası kapsamında ise elektronik mühür oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı suçu yer almaktadır. Çalışmamızda söz konusu tipleri unsurları itibariyle benzerlikler taşıdıklarından suçların incelemesi "fiil" unsuru haricinde aynı başlık altında yapılmaktadır.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 16 ve m. 17'de yer alan suç tipleri, 23.01.2008 tarihinde kabul edilen 5728 No'lu Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan değişiklik ile mevcut halini almıştır.⁶⁷ 5070 sayılı Kanun'un Ek Madde 1/5'te hüküm altına aldığı elektronik mühür oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı suçu ise 7263 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 14 ile eklenmiştir.

İmza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı ve elektronik sertifikalarda sahtekârlık 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda suç olarak

⁶⁷ 5728 sayılı Kanun değişikliğinden önce 16. ve 17. madde düzenlemelerinde "Bu maddedeki suçlar nedeniyle oluşan zarar ayrıca tazmin ettirilir." şeklinde bir fıkra yer almaktaydı. Kanun koyucu 2008 yılında yaptığı değişiklik ile bu hükmü kaldırmıştır. Ayrıca 17. maddede yer alan "yetkisi olmadan elektronik sertifika oluşturanlar" ifadesi ile "fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca..." ifadeleri de 2008 yılında yapılan değişiklik ile kanun metninden çıkarılmıştır. Bununla beraber ilgili hükümlerin 2008'den önceki halleri adli para cezası yaptırımları bakımından farklılık göstermektedir. 5070 sayılı Kanun m. 16 için öngörülen yaptırım önceki düzenlemede "bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş yüz milyon liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası" olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde 5070 sayılı Kanun m. 17'de de yaptırım "iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bir milyar liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası" olarak öngörülmüştü. Türk ceza adaleti sisteminde 2005 sonrası yapılan kanun değişiklikleri ile ağır-hafif para cezası ayrımı ortadan kalktığından 5070 sayılı Kanun'da da bu cezalar adli para cezası olarak yeniden düzenlenmiştir.

düzenlenmiştir. 5070 sayılı Kanun m. 16'ya göre, elektronik imza oluşturma amacı ile ilgili kişinin yani elektronik imza yetkilisinin rızası dışında; elektronik imza oluşturma verisinin yani göndericide bulunan gizli anahtarın ya da elektronik imza oluşturma aracının yani gizli anahtarın kullanıldığı yazılım veya donanımın elde edilmesi, bir başka kişiye verilmesi, kopyalanması, yeniden oluşturulması ve izinsiz elde edilmiş imza oluşturma aracının kullanılması ile izinsiz elektronik imza oluşturulması suç sayılmıştır. Ayrıca 5070 sayılı Kanun m. 17'ye göre, elektronik sertifikanın tamamen veya kısmen sahtesinin oluşturulması ile geçerli bir elektronik sertifikanın taklit ya da tahrif edilmesi ve ayrıca sahte, taklit veya tahrif edilmiş sertifikanın bilerek kullanılması suç kabul edilmiştir. Aynı Kanun'un Ek Madde 1/5 hükmünde ise, elektronik mühür sahibinin rızası veya talebi dışında, elektronik mühür oluşturma aracının elde edilmesi, verilmesi, kopyalanması ve bu araçların yeniden oluşturulması ile izinsiz elde edilen mühür oluşturma araçlarının kullanılması suretiyle izinsiz elektronik mühür oluşturulması suç olarak düzenlenmiştir. İlgili hükümlerin elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı çalışanları tarafından ihlal edilmesi hali ise üç suç tipi açısından da nitelikli hal olarak yer almaktadır.

B. Korunan Hukuki Değer

Kişinin suç oluşturan bir fiil işlemesi ile sosyal değerler ve hukuk düzeni bozulmuş olur. Kanun koyucu suç tipi düzenlemesi yaparak bir veya birden çok hukuki değeri korumak ve bu hukuki değerler ihlal edilirse sorumluları cezalandırmak amacı güder. 5070 sayılı Kanun m. 16 ve m. 17 açısından bakıldığında, her iki suç için de korunan hukuki değer elektronik imza sürecinin hukuki çerçevede ilerlemesini sağlamak adına elektronik imzanın, elektronik imza oluşturma araçlarının ve nitelikli elektronik sertifikaların doğruluğu ve bu sisteme olan güvenin korunmasıdır.⁶⁸ 5070 sayılı Kanun Ek Madde 1 hükmü ile ise elektronik mührün güvenilirliğini korumak amaçlanmaktadır.⁶⁹ Henüz son 20 yıldır ciddi biçimde hayatımıza dahil olan bu elektronik imza ve elektronik mühür alt yapısı ve sistemi üzerinden yürüyen

⁶⁸ Ali Karagülmez, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 189.

⁶⁹ Zira 5070 sayılı Kanun Ek Madde 1/4 hükmü uyarınca, "Elektronik mühür, resmi mühür dahil her türlü fiziki mühür ile aynı hukuki niteliği haizdir."

kamusal ve özel her türlü iş ve işlem bir güven ilişkisi çerçevesinde yürütülmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle getirilen cezai hükümler ile elektronik imza ile elektronik mührün doğruluğu ve bu yolla oluşturulan verilerin güvenilirliği korunmaya çalışılmaktadır.⁷⁰ Bunun yanı sıra, elektronik imzayı kullanma hakkına sahip olan kişinin kişisel verileri ile elektronik mühür sahibinin bilgileri de korunmaktadır.

C. Suçların Maddi Unsurları

1. Fiil

a. İmza Oluşturma Verilerinin İzinsiz Kullanılması⁷¹

5070 sayılı Kanun m. 16'da düzenlenen imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanılması suçunda tipik fiil kanunda yer alan hareketlerden birinin gerçekleşmesi ile oluşmaktadır. Buna göre, imza oluşturma verisi olan gizli anahtarın yani gizli şifrenin veya bu imza oluşturma verisini kullanmaya yarayan imza oluşturma aracının fail tarafından elde edilmesi, elde ettikten sonra başkasına verilmesi, kopyalanması; imza oluşturma aracının yeniden oluşturulması ve izinsiz elde edilen imza oluşturma aracı ile izinsiz elektronik imza oluşturma fiillerinden birinin yapılması 5070 sayılı suçun fiil unsurunu oluşturmaktadır.

İmza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı suçunun seçimlik hareketli bir suç tipi olduğu ifade edilmektedir.⁷² Seçimlik hareketli suçlar, icrasının gerçekleşmesi için kanunda seçenек birden fazla hareketin gösterildiği ve bu hareketlerden birinin gerçekleşmesi halinde

⁷⁰ Aynı yönde bkz. Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 563.

⁷¹ İmza Oluşturma Verilerinin İzinsiz Kullanılması başlığında incelenen suçun fiil unsuruna ilişkin özellikler, 5070 sayılı Kanun Ek Madde 1/5'te yer alan suç tipi için de geçerli olup ilgili hüküm için çalışmamızda ayrıca inceleme yapılmamaktadır. Bu başlık altında "imza oluşturma verileri" ifadeleri 5070 sayılı Kanun Ek Madde 1/5 için "mühür oluşturma verileri" olarak anlaşılmalıdır.

⁷² Yusuf Başlar, "Elektronik İmza Kanunu'nda Düzenlenen Bilişim Suçları", *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 7, 2016, s. 51; Orer, s. 161; Alper Özboyacı, "5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda Yer Alan Cezai Hükümler", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2009, C. 4, S. 39, s. 129.

suçun tamamlandığı suç tipleridir.⁷³ Seçimlik hareketli suçlar söz konusu olduğunda her zaman tek bir hareket gerçekleşmeyebilir; birden fazla hareketin gerçekleşmiş olması da mümkündür. Örneğin, bir kişi yetkilisinin rızası hilafına hem imza oluşturma aracını elde edip hem de bu aracı kopyalayabilir. Bu halde birden fazla suç işlenmesi söz konusu olmayacak ve bu suç bir defa işlenmiş kabul edilecektir. Ancak bu durum, 5237 sayılı Kanun m. 61 kapsamında temel cezanın belirlenmesi açısından değerlendirilebilecektir.⁷⁴

Seçimlik hareketli suçlar bakımından temel olan bir hususun bu madde nezdinde de değerlendirilmesi gerekmektedir. Şöyle ki, seçimlik hareketli suçlarda suçun konusunun değişmesi halinde iki ayrı suç işlenmiş olmaktadır. Bir başka deyişle seçimlik hareketli suç dolayısıyla tek suç oluşabilmesi için hareketlerin nesnel olarak aynı konu üzerinde işlenmiş olması zorunludur.⁷⁵ İmza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı suçu açısından bakıldığında ise, seçimlik suç olup olmadığı ile alakalı bir değerlendirme yapmak gerekir. İmza oluşturma verisi ve imza oluşturma aracı konu bakımından ayniyeti sağlamakta mıdır?

İmza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı suçu açısından bakıldığında, tek elektronik sertifikaya tabi yani bir kişiye ait olan bir imza oluşturma verisi ve imza oluşturma aracı birbiri olmadan kullanılamayan ve ikisinden biri olmadan bir anlam ifade etmeyen elektronik imza öğeleridir. Örneğin, imza oluşturma verisinin ve imza oluşturma aracının elde edilmesi halinde kişi madde metninde de açıkça belirtildiği üzere elektronik imza oluşturmak amacındadır. Elektronik imza oluşturulabilmesi amacıyla zaten kişinin her ikisine de sahip olması gerekmektedir. İmza oluşturma verisini elde edemeyen ancak elektronik imza oluşturma aracı ilgilinin rızası olmaksızın elinde bulunduran fail elektronik imza oluşturmak amacıyla ise bu suçu işlemiş olur. Aynı şekilde hem imza oluşturma verisini hem de imza oluşturma elinde bulunduran ve imza oluşturma aracını aynı zamanda kopyalayan faile de ayrıca ceza vermemek gerekir. Zira amaç elektronik imza oluşturma

⁷³ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 185-186.

⁷⁴ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 122.

⁷⁵ Özgenç, s. 186.

maktır ve tek bir sertifikaya dayalı tek kişiye ait bir imza oluşturma verisi ve imza oluşturma aracı söz konusudur. Her ikisi de tek nitelikli elektronik sertifikadan kaynaklı bu elektronik imza ögeleri konu bakımından ayniyeti sağlamaktadır. Dolayısıyla madde seçimlik hareketli suç düzenlemesi içermektedir. Ayrıca imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı ancak icrai hareketler ile işlenebilen bir suç tipidir.⁷⁶ Bu suçun ihmal suretiyle işlenmesi söz konusu değildir.

Elektronik imza oluşturmak amacıyla kullanılan imza oluşturma verisi,⁷⁷ bir eşi daha tanımlanmamış şifrelerden oluşan verilerdir. İmza oluşturma aracı⁷⁸ ise imza oluşturma verisini kullanan yazılım veya donanım aracıdır. Bu araçlar mevzuatın getirdiği standartlara⁷⁹ sahip akıllı kartlar veya akıllı çubuklar olabileceği gibi yazılımlar da olabilmektedir. İlgilinin rızası dışında elektronik imza oluşturma amacı ile imza oluşturma verisi veya imza oluşturma aracı üzerinde gerçekleştirilen fiiller suç oluşturmaktadır.

i. İmza Oluşturma Verisinin veya Aracının Elde Edilmesi

Kanunda belirtilen ilk seçimlik hareket imza oluşturma verisinin veya aracının elde edilmesidir. İmza oluşturma verisinin elde edilmesi, veriyi oluşturan şifrelerin ve algoritmanın ele geçirilmesidir. Bu şifre ve algoritmanın ele geçirilmesi bir başkasının bilişim sistemine girilerek olabileceği gibi fiziki alınması şeklinde de olabilir.⁸⁰ Bunun yanı sıra imza oluşturma aracı olan akıllı kart veya akıllı çubukların ya da yazılımların elde edilmesi yoluyla da bu suç işlenebilmektedir. Akıllı kart veya akıllı çubukların fiziken ele geçirilmesi ya da veri tabanına erişilerek yazılımsal olarak imza oluşturma aracının ele geçirilmesi mümkündür. Bu suçların oluşumu bilişim sistemleri üzerinden olabileceği gibi fiziki elde etme şeklinde de olabilir. Ancak bunun

⁷⁶ Dülger, s. 567.

⁷⁷ 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 3'e göre: "İmza sahibine ait olan, imza sahibi tarafından elektronik imza oluşturma amacıyla kullanılan ve bir eşi daha olmayan şifreler, kriptografik gizli anahtarlar gibi veriler" imza oluşturma verisidir.

⁷⁸ 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 3'e göre: "Elektronik imza oluşturmak üzere, imza oluşturma verisini kullanan yazılım veya donanım aracı" imza oluşturma aracıdır.

⁷⁹ Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ, RG., 06.01.2005, 25692.

⁸⁰ Orer, s. 161.

için bilişim sistemine girişin ya da fiziksel elde etme imkânı sağlayan durumun hukuka aykırı olması gerekmez.⁸¹ Örneğin, bir fakültenin dekanı fakülte sekreterinden kullandığı bilgisayardan kendisine bir belge göndermesini istiyor. Bu talep üzerine bilgisayarı açmaya giden fakülte sekreteri elektronik imza oluşturma aracını masanın üzerinde görüyor ve bu aracı gerekli belgeleri imzalamak düşüncesi ile odasına götürüyor. Bu olayda fakülte dekanının gerekli olan belgeleri imzalaması için sekretere verdiği bir rıza bulunmamaktadır. İmza oluşturma aracı olan akıllı çubuğun ilgilinin rızası hilafına sekreter tarafından elde edilmesi halinde bu suç oluşmuş olur.

ii. İmza Oluşturma Verisinin veya Aracının Verilmesi

İmza oluşturma verisi olan şifre ve algoritmaların veya imza oluşturma aracının ilgilinin rızası dışında bunları elde eden kişilerce bir başka kişiye verilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Esasen zaten verinin veya aracın elde edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. İlgilinin rızası dışında bir elde etme varsa veriler ve araçlar başka kişiye verilmese de suç oluşmaktadır. Zira bir veri veya araç elde edilmeden başka bir kişiye de verilemez.⁸² Ancak burada önemli olan nokta, elde etme hukuka uygun iken verme fiili hukuka aykırı olabilir.⁸³ Yani ilgili, gerçekten de imza oluşturma amacı ile imza oluşturma verisini ve/veya aracını vermiş olabilir. Ancak imza oluşturma verisini ve/veya aracını alan kişi, ilgili kişinin rızası doğrultusunda ancak belirtilen işlemleri yapabilir. Dolayısıyla bunu aşar biçimde ilgilinin rızası olmaksızın hukuka uygun veya hukuka aykırı elde edilen imza oluşturma veri ve/veya aracını bir başka kişiye veren kişi "verme" fiili ile suçu gerçekleştirmektedir. Kişi, ilgilinin rızası dışında ilgilinin imza oluşturma verisini veya aracını herhangi bir şekilde üçüncü kişiye iletebilir. Bilişim sistemi kullanılarak bu iletim yapılabileceği gibi aracın fiziki olarak iletimi de bu anlamda "verme" fiili kapsamında değerlendirilir.

iii. İmza Oluşturma Verisinin veya Aracının Kopyalanması

İmza oluşturma veri veya aracına hukuka uygun veya aykırı olarak erişen kişi, bu veri veya aracı kopyalamaktadır. Kopyalama ge-

⁸¹ Dülger, s. 567.

⁸² Dülger, s. 567; Özboyacı, s. 130.

⁸³ Dülger, s. 567.

nellikle bilişim sistemi üzerinden gerçekleştirilmektedir.⁸⁴ Kopyalama, imza oluşturma verisi veya aracını tedarik eden elektronik sertifika hizmet sağlayıcı tarafından da yapılabilir. Elektronik imza oluşturma verisi veya aracı tek olarak üretilmektedir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 10 elektronik sertifika hizmet sağlayıcının yükümlülüklerini düzenlemektedir. Buna göre, elektronik sertifika hizmet sağlayıcı üretilen imza oluşturma verisinin bir kopyasını alamayacaktır. İmza oluşturma verisinin kopyalanması halinde imza oluşturma verisini kopyalama ile suç oluşur ve elektronik sertifika hizmet çalışanları tarafından bu suç işlendiğinden nitelikli hal uygulanması gerekir.

iv. İmza Oluşturma Aracının Yeniden Oluşturulması

Elektronik imza oluşturmak amacıyla imza oluşturma verisinin kullanılmasını sağlayan yazılımsal ve donanımsal araçların yeniden oluşturulması fiili de imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı suçunu oluşturmaktadır. Mevcut bulunan imza oluşturma aracının ortadan kaybolması ile tipiklik oluşabileceği gibi ilk imza oluşturma aracı kaybolmadan birbiri ile aynı işlevde ikinci bir imza oluşturma aracının üretilmesi ile de fiil gerçekleşebilecektir. Dolayısıyla imza oluşturma aracı yazılımının silinmesi veya donanımın fiziki olarak yok edilmesi ve yerine geçecek yeni bir imza oluşturma aracı oluşturulması ya da aynı işlevdeki ikinci elektronik imza oluşturma aracının oluşturulması suç kapsamında değerlendirilmektedir. Esasen imza oluşturma aracı, imza oluşturma verisi gibi elektronik sertifika hizmet sağlayıcı tarafından üretilir/ürettirilir ve temin edilir. Hukuka uygun olarak elektronik sertifika hizmet sağlayıcı tarafından oluşturularak verilen imza oluşturma aracının hukuka aykırı olarak yeniden oluşturulması ile suç gerçekleşmiş olmaktadır.

v. İzinsiz Elektronik İmza Oluşturulması

Kanunun ilgili hükmüne göre: *“izinsiz elde edilen imza oluşturma araçlarını kullanarak izinsiz elektronik imza oluşturma”* mak suç olarak kabul edilmektedir. Elektronik imza oluşturmak amacıyla ilgilinin rızası dışında elde edilen imza oluşturma aracı kullanılarak izinsiz elektronik imza oluşturulması suçu oluşturan hareketlerin sonucusu olarak dü-

⁸⁴ Kopyalama imza oluşturma aracının bilgisayar üzerinde unutulması suretiyle yapılabileceği gibi, açık ağ sistemi üzerinden de yapılabilmektedir. Orer, s. 161.

zenlenmiştir. Burada failin ilgilinin izni dışında iki farklı hareket yapması beklenmektedir. İlk olarak imza oluşturma aracının izinsiz olarak ele geçirilmesi gerekir ki zaten bu halde suç oluşmuş olmaktadır. Daha sonra da bu ele geçirilen araç kullanılarak yine izinsiz olarak elektronik imza oluşturulması söz konusudur. Dolayısıyla elektronik imza oluşturmak amacıyla izinsiz şekilde imza oluşturma aracını elde eden ancak izinsiz elektronik imza oluşturamadan hareketin yarım kaldığı durumda da teşebbüsten değil imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımından cezalandırmak gerekecektir.

Kanun hükmü değerlendirildiğinde izinsiz elde edilen imza oluşturma araçlarının kullanılmasından bahsedildiğinden izin kapsamında kullanılan imza oluşturma araçları ile izinsiz elektronik imza oluşturulmasının suç olarak kabul edilmediği sonucu çıkarılmaktadır.⁸⁵ Bu da demektir ki, kanun koyucu imza oluşturma aracının izin dahilinde elde edilmesini imza oluşturulmasına da verilen zımnî bir izin olarak nitelendirmektedir.⁸⁶ Araç izin dahilinde verildikten sonra ayrıca imza oluşturmak için de izin verilmesi harekete verilen izinlerin değerlendirilmesi noktasında kopuk ve incelenmesi zor bir durumun yaratacağı ifade edilmektedir.⁸⁷ Kanun koyucunun ifadesi incelendiğinde bu görüşe katılmaktayız. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, özel olarak imza oluşturma aracının imza oluşturmaktan başka bir amaç ile verildiği kişiye belirtilmiş ise bu amacı aşarak imza oluşturma aracının kullanılması ve imza oluşturulması suç kabul edilmelidir.⁸⁸ Bir başka deyişle, kişi açıkça farklı bir amaçla imza oluşturma aracını verdiğini belirtmiyorsa imza oluşturma aracının izin dahilinde verilmesi ile imza oluşturulması amacı ile bu amacın verildiği şeklinde bir yorum yapılabilecektir. Zira kanun koyucunun bu hükmü ele alış biçiminden, imza oluşturma aracının imza oluşturma amacı dışında bir amaçla verilmeyeceği yönünde bir mantık yürüttüğü anlaşılmaktadır. Ancak imza oluşturma aracının farklı bir amaç ile verilmiş ve bunun açıkça kişiye bildirilmiş olması durumunda failin hareketinin suç oluşturduğu ifade edilebilecektir. Aksi halde, failin hukuka uygun başlayan elde etmesinin hukuka aykırı hale dönüşmesinin kanun koyucu tarafından cezalandırılmadığı bir durum ortaya çıkacaktır.

⁸⁵ Özboyacı, s. 131.

⁸⁶ Dülger, s. 569.

⁸⁷ Dülger, s. 569.

⁸⁸ Aynı yönde bkz. Başlar, s. 55.

b. Elektronik Sertifikalarda Sahtekârlık

Elektronik sertifika, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda "İmza sahibinin imza doğrulama verisini ve kimlik bilgilerini birbirine bağlayan elektronik kayıt" olarak tanımlanmıştır. Elektronik sertifika ile elektronik imza kullanıcısının kimlik tespiti mümkün olmaktadır. Bu nedenle elektronik sertifikalar genellikle imza doğrulama verisi yani açık anahtar ile ilişkilendirilmektedir.⁸⁹ Güvenli elektronik imza nitelikli elektronik sertifikaya bağlı olarak oluşturulmaktadır. Dolayısıyla esasen nitelikli elektronik sertifika güvenli elektronik imzayı oluşturan yapı olduğundan sahtelikten, taklit veya tahriften korunması gerekmektedir. Aksi halde elektronik sertifikanın güvenliliğinden de bahsedilemez.

Elektronik İmza Kanunu m. 17'de elektronik sertifikalarda sahtekârlık suçunun hareketlerine yer verilmektedir. Buna göre, geçerli bir elektronik bir sertifika olmamasına rağmen sahte bir elektronik sertifika oluşturmak veya geçerli bir elektronik sertifikayı taklit veya tahrif etmek suç olarak düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucu aynı zamanda sahte, taklit veya tahrif edilen elektronik sertifikayı bilerek kullanmayı da bu madde kapsamında cezalandırılacak bir hareket olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla kişi elektronik sertifika oluşturmak veya üzerinde oynama yapmak fiillerini gerçekleştirirse de hukuka aykırılığı bilerek sertifikayı kullanırsa suç oluşturan hareketi gerçekleştirmiş kabul edilmektedir.

Elektronik sertifikalarda sahtekârlık suçunun düzenlenme şeklinden hareketle seçimlik hareketli bir suç tipi olduğu ifade edilmektedir.⁹⁰ Örneğin, fail, bir elektronik imza için ister sahte ister taklit elektronik sertifika oluştursun tek suçtan cezalandırılacaktır. 5070 sayılı Kanun m. 16'da olduğu gibi bu suç tipi de ancak icrai hareketlerle işlenebilir; ihmal suretiyle işlenmesi mümkün değildir.

Elektronik İmza Kanunu'nda düzenlenmiş olan bu suç tipi esasen özel bir belgede sahtecilik suçu düzenlemesidir. Elektronik sertifikalar da hukuksal açıdan önem taşıyan, yazılı, düzenleyeni belli ve belirli bir içeriğe sahip yazı olduklarından belge niteliğinde değerlendirile-

⁸⁹ Rissnaes, s. 134.

⁹⁰ Başlar, s. 55; Dülger, s. 569.

bilirler.⁹¹ Sertifikalar üzerinde yapılan oynama ve olmayan bir sertifikanın oluşturulması 5070 sayılı Kanun m. 17 başlığında genel manada “sahtekârlık” olarak ifade edilmiştir. Bu nedenle 5070 sayılı Kanun m. 17’de düzenlenen suçu yorumlamak bakımından 5237 sayılı Kanunda yer alan belgede sahtecilik suçlarından yardım alınabilmektedir.

i. Sahte Elektronik Sertifika Oluşturulması

Sahte elektronik sertifika oluşturulması 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’nda suç kabul edilmektedir. Sahte, “*bir şeyin aslına benzetilerek yapılan, düzme, düzmece; uydurma, gerçek olmayan*” olarak tanımlanmaktadır.⁹² Oluşturmak ise olmayan bir şeyin meydana getirilmesi olarak ifade edilebilir. Yapılan bu tanımlamalardan yola çıkılacak olursa, sahte elektronik sertifikanın oluşturulması, gerçek olmayan bir elektronik sertifika meydana getirilmesidir. Sahte elektronik sertifika oluşturulmasında olmayan bir şeyi oldurmak söz konusudur. Sahte bir elektronik sertifikanın oluşturulması suçun oluşumu yeterlidir; failin sahte olarak düzenlediği elektronik sertifikayı kullanması gerekmez.

Madde metninde sahteciliğin kısmen veya tamamen yapılabileceğinden bahsedilmiştir. Tamamen sahte elektronik sertifika düzenlemek, aslında mevcut olmayan elektronik sertifikanın mevcutmuş gibi oluşturulmasıdır. Kısmen sahtecilik, bir elektronik sertifikanın bir kısmında yapılacak sahteciliktir. Kanun koyucunun kısmen sahte elektronik sertifika düzenlemek ile neyi kastetmek istediği tam manasıyla anlaşılamamaktadır.⁹³ Geçerli olmayan bir elektronik sertifika üzerinde kısmi sahtecilik yapılması zaten tamamen sahte bir elektronik sertifikanın varlığı söz konusu olduğundan bir anlam ifade etmeyecektir. Ancak geçerli bir elektronik sertifika üzerinde kısmi sahtecilik yapılmasını da gerçek bir elektronik sertifikayı tahrif etmek hareketinden ayırmak zordur. Kaldı ki, kanun koyucu “geçerli bir elektronik sertifika” ifadesini taklit ve tahrif fiilleri için kullanmaktadır. Kanaatimizce,

⁹¹ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 1037.

⁹² TDK., <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 03.01.2021.

⁹³ Doktrinde, kısmen sahteciliğini sahte olmayan bir elektronik sertifikaya bir şeyler eklemeyi veya bundan bir şeyler çıkarmayı ifade ettiği belirtilmektedir. Ancak bu durumda taklit veya tahrif ile kısmen sahteciliğin ayrımının yapılamadığı da kabul edilmektedir. Karagülmez, s. 193.

elektronik veriyi çözmeye yarayan şifreler yani imza doğrulama verisi ve kimlik bilgilerini bağlayan kaydın içeriğinin gerçeği yansıtmayacak şekilde oluşturulması ve bunun elektronik sertifikanın bir kısmında yapılması halinde kısmen sahte elektronik sertifika oluşturulması; geçerli oluşturulan elektronik bir sertifikadaki elektronik veriyi çözmeye yarayan şifreler ve kimlik bilgilerini bağlayan kaydın içeriğinin değiştirilmesi, içerikte yer alan hususların yerlerinin değiştirilmesi, sertifikaya ekleme çıkarma yapılması halinde de geçerli elektronik sertifikanın tahrif edilmesi hareketi oluşacaktır. Örneğin, elektronik imza almak için başvuru nitelikli elektronik sertifikada kimlik bilgileri girilmesi gereken kısma gerçek olmayan isim soy isim eklenmesi ile oluşturulması sertifikanın diğer tüm kısımları doğru olsa bile kısmen sahte elektronik sertifika olduğu ifade edilebilir. Zira burada daha önceden gelen geçerli bir elektronik sertifika yoktur yeni bir sertifika oluşturulmaktadır. Bunun yanı sıra geçerli elektronik sertifikada yer alan kimlik belgelerinin değiştirilmesi halinde geçerli elektronik sertifikanın tahrif edilmesinden bahsedilebilecektir.

ii. Geçerli Elektronik Sertifikanın Taklit veya Tahrif Edilmesi

Taklit etmek, *“bir kimseye ya da bir şeye benzemeye çalışmak; bir şeyin sahtesini yapmak, benzetmek”*; tahrif etmek, *“bozmak, değiştirmek”* şeklinde tanımlanmaktadır.⁹⁴ Öncelikle ifade edilmelidir ki geçerli elektronik sertifikanın taklit veya tahrif edilmesi hareketi de elektronik sertifikalarda sahtekarlık madde başlığı altında düzenlenmiştir. Yani bu hareketler bünyesinde sahtecilik barındırmaktadır. Taklit etmenin sözcük anlamı bir şeyin sahtesini yapmak olarak ifade edilmektedir. Bu durumda sahte elektronik sertifika oluşturmak ile geçerli elektronik sertifikanın taklidi arasındaki farkın ortaya koyulması gerekmektedir. Buradaki tek fark kanaatimizce, taklitten önce gerçekten geçerli bir belgenin bulunmasının şart olmasına rağmen sahtecilik için bu şekilde bir şart aranmıyor olmasıdır. Dolayısıyla sahteciliğin konusu öncesinde gerçekten var olan bir elektronik sertifika olabileceği gibi gerçekte var olmayan bir elektronik sertifika olabilmekte iken taklitte öncesinde gerçekten var olan bir elektronik sertifika olması gerekmektedir.⁹⁵

⁹⁴ TDK., <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 03.01.2021.

⁹⁵ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 843.

Esasen her taklit içinde sahteciliği de barındırmaktadır. Bir elektronik sertifikanın tahrif edilmiş sayılması için gerçekte ifade edilen hususlar ile sertifikada görülen hususların farklı olması gerektiğinden bu da bir sahteciliktir.

Geçerli bir elektronik sertifikanın taklidi genellikle kopyalama biçiminde olmaktadır.⁹⁶ Kopyalama sonucunda geçerli olan sertifikanın aynı oluşturulmaktadır. Oluşturulan bu taklit sertifikanın ise kullanılması suçun oluşması açısından şart değildir. Geçerli bir elektronik sertifikanın tahrif edilmesi ise, geçerli var olan elektronik sertifika verilerine ekleme çıkarma yapılması, verilerin yerlerinin değiştirilmesi şeklinde olabilecektir.⁹⁷ Doktrinde yapılan ekleme çıkarmanın kısmen veya tamamen sahte elektronik sertifika oluşturması halinde artık tahrif hareketinden değil sahte elektronik sertifika oluşturulmasından bahsedileceği ifade edilmektedir.⁹⁸

Daha önce de belirttiğimiz gibi, sahte elektronik sertifika oluşturma, geçerli elektronik sertifikayı taklit veya tahrif etme fiilleri birbirinden ayrımı teorik olarak da kolay değildir. Bununla beraber bu fiillerin hepsi sahtekarlık içerisinde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla kanatimizce yapılması gereken temel ayrım öncelikle ortada geçerli bir elektronik sertifikanın bulunup bulunmadığıdır. Geçerli bir elektronik sertifika yok ise, taklit veya tahriften bahsedilemez. Zira bu fiiller tanımları gereği öncesinde geçerli bir elektronik sertifikanın varlığının aranmasını gerektirmektedirler. Geçerli bir elektronik sertifika bulunması halinde ise, elektronik sertifika her özelliği ile bire bir kopyalanıyorsa taklit edilmesinden; sertifikada yer alan içerikte ekleme çıkarma söz konusuysa veya içerikte yer alan bilgilerin yerlerinde bir değişiklik yapıyorsa tahriften bahsedilecektir. Ancak sıkıntı yaratan durum şudur ki; geçerli bir elektronik sertifikanın varlığı durumunda aslında yapılan tahrifler ile kısmen sahte belge oluşturmak arasındaki ayrım anlaşılabilir hale gelmektedir. Bu nedenle illa bu şekilde bir ayrıma gidilecekse kanun koyucunun "*geçerli olarak oluşturulan elektronik sertifika*" ifadesini yalnızca taklit veya tahrif fiilleri için kullanmasının gereği olarak geçerli bir elektronik sertifika üzerinde yapılan her türlü sah-

⁹⁶ Dülger, s. 570.

⁹⁷ Dülger, s. 571.

⁹⁸ Dülger, s. 571.

tekarlık fiili taklit veya tahrif olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla geçerli elektronik sertifika bulunmaması halinde de yapılan her türlü sahtekarlık sahte elektronik sertifika oluşturmak olarak değerlendirilecek böylece aradaki ayırım da buna göre belirlenebilecektir.

iii. Sahte Sertifika Kullanılması

Kullanma, elektronik sertifika sahte olmasaydı hangi amaç için kullanılacaksa sahte elektronik sertifikanın o amacı gerçekleştirmek için değerlendirilmesidir.⁹⁹ Hangi amaç doğrultusunda kullanılırsa kullanılsın kanun koyucu "bilerek" kullanılmasını özel olarak belirtmiştir. Bu husus manevi unsurda ele alınması gereken bir konudur. Kullanılan sahte elektronik sertifikanın kim tarafından ne şekilde sahte hale getirildiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla sahte oluşturulmuş, taklit veya tahrif edilmiş bir elektronik sertifikanın bileerek kullanılması suçun bu fiil ile oluşumu için yeterlidir.

Kullanma hareketi elektronik sertifikalarda sahtekarlık suçunun seçimlik hareketlerinden biri olarak düzenlenmiştir. Bu durumda sahte elektronik belge oluşturan veya geçerli elektronik belgeyi taklit veya tahrif eden failin aynı zamanda bu belgeyi kullanması halinde de tek suçtan cezalandırılması söz konusu olacaktır.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunda yer alan her üç suç tipi de fiilin gerçekleşmesi ile tamamlandığından sırf hareket suçlarının birer örneğini oluşturmaktadırlar. Bu suçlarda herhangi bir neticenin gelmesi aranmaz.¹⁰⁰

Kanuni tanımda fiilin icrası suçun tamamlanması için yeterli görülüp netice aranmadığından netice ile fiil arasında bulunması gereken nedensellik bağı incelemesi de bu suçlar açısından yapılmayacaktır. Zira nedensellik bağı kanuni tanımda bir neticenin gerçekleşmesi gerekliliğinin belirtildiği neticeli suçlar açısından incelenmesi gereken bir suç unsurudur.

2. Fail

Suçlar kural olarak herkes tarafından işlenmekte ancak bazı suçlar için yalnızca belli bir faillik vasfı bulunan kişiler suçu işleyebilmekte-

⁹⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 846.

¹⁰⁰ Karagülmez, s. 190.

dir. Bu hususun kanuni tanımında belirtilmesi gerekmektedir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 16 ve m. 17 ve Ek Madde 1'de yer alan suçlar için fail açısından bir özellik bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu suçların faili herkes olabilir. Ancak söz konusu suçlar açısından kanun koyucu failin elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı çalışanı olması durumunda cezanın yarısına kadar artırılacağı ifade edilmektedir. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcının sorumluluğu nitelikli elektronik sertifika düzenlenmesi için gerekli bilgilerin tümüne haiz olmasından kaynaklanmaktadır.¹⁰¹ Dolayısıyla failin çalıştığı iş bu suçlar açısından cezayı artırıcı bir nitelikli hal olarak öngörülmektedir.

Bir suçun faili ancak gerçek kişi olabilir; tüzel kişiler suçun faili olamaz.¹⁰² Tüzel kişiler hakkında 5070 sayılı Kanun kapsamında yer alan suçlardan bahisle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 60 uyarınca, güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir. Nitekim 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 19/1'de de 5070 sayılı Kanundan doğan suçlar ile ilgili tüzel kişiler hakkında 5237 sayılı Kanun m. 60'a göre güvenlik tedbirlerine hükümlenacağı ifade edilmiştir. 5070 sayılı Kanun m. 21'de, elektronik sertifika hizmet sağlama faaliyeti yerine getiren kamu kurum ve kuruluşları hakkında aynı Kanun m. 19'un uygulanamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile alakalı Elektronik İmza Kanunu'ndan doğan suçlardan dolayı güvenlik tedbirine hükmedilmesi mümkün değildir.

3. Suçun Konusu

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 16 ve m. 17 açısından suçun konusu temelde elektronik sayısal verilerdir. Elektronik imza da elektronik sertifika da sayısal veriler ve algoritmalarından oluşmaktadır. 5070 sayılı Kanun m. 16 ve m. 17'de imza oluşturma verileri veya elektronik sertifika verilerinin üzerinde suç işlenmektedir. 5070 sayılı Kanun Ek Madde 1/5 açısından ise suç, elektronik mühür verileri veya araçları üzerinde gerçekleşmektedir.

5070 sayılı Kanun m. 16'da "İmza Oluşturma Verilerinin İzinsiz Kullanımı" başlığında düzenlenen suç tipinin konusu imza oluşturma

¹⁰¹ Yıldırım, s. 263.

¹⁰² Özgeç, s. 213.

ma verisi veya imza oluşturma aracıdır. Aynı Kanunun Ek Madde 1/5 hükmünde yer alan paralel düzenlemeye göre suçun konusu, elektronik mühür oluşturma verisi veya mühür oluşturma aracıdır. Her ne kadar bu suç tiplerinde iki farklı maddi konu varmış gibi görünse de esasen imza/mühür oluşturma verisi ve aracı birbirini tamamlayan ve ikisi birlikte kullanıldığında bir anlam ifade eden genel olarak elektronik imza/mühür oluşturmaya yardımcı ögelerdir. 5070 sayılı Kanun'un 17. maddesinde düzenlenen "Elektronik Sertifikalarda Sah-tekarlık" suçunun konusu ise nitelikli elektronik sertifikalardır.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'na göre güvenli elektronik imza, imza sahibine özel olarak bağlanan ve sadece onun tasarrufundaki imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliği ile imzalanmış elektronik veride değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan ıslak imza yerine kullanılabilen elektronik veridir. Dolayısıyla güvenli elektronik imzayı oluşturan unsurlar imza oluşturma verisi, imza oluşturma aracı, nitelikli elektronik sertifika olarak belirlenebilir. Bu unsurlar birbirlerine bağli olduğundan 5070 sayılı Kanun m. 16'da tanımlanan suç için imza oluşturma verisi veya aracı olarak münhasıran tek bir elektronik imzaya tanımlanmış ögelerin suçun konusu olduğuna kabul edilmelidir. Aynı husus 5070 sayılı Elektronik İmza Kanun Ek Madde 1 hükmüne göre elektronik mühür açısından da geçerlidir. Elbette ki A kişisi adına tanımlanmış elektronik imza oluşturma verisi ile B kişisi adına tanımlanmış imza oluşturma aracının ele geçirilmesi halinde farklı konular üzerinde suç işlenmektedir. Ancak A kişisine ait imza oluşturma verisi ve imza oluşturma aracının ele geçirilmesi halinde hukuki konunun tek olduğuna kabul edilmelidir.

Suçun konusu kapsamında değerlendirilen bir husus da zarar veya tehlike suçu ayırımıdır. Suçun işlenmesiyle suçun konusuna zarar verilebilir ya da suçun konusu tehlikeye atılabilir. Zarar suçu ancak neticeli suçlar açısından söz konusu olabilmektedir. Fiilin işlenmesi ile tamamlanan suçlarda zarar meydana gelmesi söz konusu olamaz ancak zarar meydana gelme tehlikesi bulunabilir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 16 ve m. 17 ve Ek Madde 1/5 kapsamında düzenlenen suç tipleri herhangi bir netice öngörmediğinden zarar suçu değil tehlike suçu olarak nitelendirilebilirler.

4. Mağdur

Suçun mağduru suç konusunun ait olduğu kişidir.¹⁰³ Suçun konusuna yönelik tipik hukuka aykırı fiil ile korunan hukuki değer ihlal edilmektedir.¹⁰⁴ 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda düzenlenen suçlarla korunan hukuki değer elektronik imzanın doğruluğu ve elektronik imza ile oluşturulan verilerin güvenilirliğidir.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 16'da suçun konusu imza oluşturma verisi veya aracı; Ek Madde 1/5'te elektronik mühür oluşturma verisi veya aracı iken; aynı Kanun'un 17. maddesinde suçun konusu nitelikli elektronik sertifikadır. Dolayısıyla imza ve mühür oluşturma verisi veya aracı ile nitelikli elektronik imzaya veya elektronik mühre sahip olan ilgili kişi¹⁰⁵ suçun mağdurudur. Doktrinde bir görüşe göre suçun mağduru Devlettir.¹⁰⁶ Bir başka görüş ise, suçla korunan hukuki değer elektronik imzanın ve verilerin güvenilirliği olması gerekçesiyle mağdurun kamu olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Kanun koyucu 5070 sayılı Kanun m. 16'da "*ilgili kişinin rızası dışında*" ve Ek Madde 1/5'te "*mühür sahibinin rızası veya talebi dışında*" ifadelerini kullanarak elektronik imza ve elektronik mühür oluşturma verisi veya aracının ilgili kişinin veya kurumun hakimiyetinde olduğunu ve bunlara yönelik yapılan hukuka aykırı hareketin suç oluşturacağını kabul etmiştir. Dolayısıyla burada rızayı vermeye yetkili elektronik imza veya mühür sahibi ilgilinin kişinin mağdur olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. 5070 sayılı Kanun m. 17 açısından ise doğrudan böyle bir cevap vermek doğru değildir. Zira 5070 sayılı Kanun m. 16'da var olan imza oluşturma verisi veya

¹⁰³ Özgenç, s. 223. Doktrinde mağdur, suç teşkil eden fiil ile ihlal edilen ve cezai korumanın konusunu oluşturan varlık ya da menfaatin sahibi olarak da tanımlanmaktadır. Katoğlu, Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 61, S. 2, s. 662; Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 201.

¹⁰⁴ Özgenç, s. 223.

¹⁰⁵ Elektronik imza sahibi, 5070 sayılı Kanun m.3'e göre yalnızca gerçek kişiler olabilirken; Aynı Kanun Ek Madde ¼ kapsamında "elektronik mührü oluşturan kamu kurum ve kuruluşları, kamu idareleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile yargı mercileri ve noterlikler" elektronik mühür sahibi olabilmektedir.

¹⁰⁶ Ozer, s. 162.

aracına yönelik bir suç işlenmekte iken; m. 17’de daha önce var olmayan bir sertifikanın oluşturulması da söz konusu olabildiğinden ikili bir ayırım yapılması daha doğrudur. Nitelikli elektronik sertifika güvenli bir elektronik imzanın unsurudur ve elektronik sertifika hizmet sağlayıcı tarafından elektronik imza talep edenin başvurusu üzerine münhasıran başvuranın kullanımına özgü oluşturulmaktadır. Dolayısıyla 5070 sayılı Kanun m. 17’de yer alan suçlar açısından bakıldığında, daha önce var olmayan bir elektronik sertifikanın oluşturulması halinde mağdurun kamu olduğundan bahsedilebilecekse de geçerli elektronik sertifikanın taklit veya tahrif edilmesi fiili halinde adına düzenlenmiş geçerli elektronik sertifikanın ilgilisi suçun mağduru olacaktır.¹⁰⁷ Aksi yönde yapılan yorum suç teorisi kapsamında yapılmış olan mağdur tanımı ile bağdaşmaz. Mağdurun, suç konusunun ait olduğu kişi olduğu ve 5070 sayılı Kanunda düzenlenen suçlarda da temelde suç konusunun ait olduğu bir elektronik imza veya elektronik mühür sahibinin bulunduğu kabul edilmelidir.

5. Nitelikli Haller

Elektronik İmza Kanunu m. 16, m. 17 ve Ek Madde 1/5 açısından failin vasfı gereği bir nitelikli hal söz konusudur. Zira ilgili suçların temel şekli herkes tarafından işlenebilirken nitelikli şekli ancak kanunda belirlenmiş özel faillik vasfını taşıyan kişilerce işlenebilmektedir.¹⁰⁸ İmza veya oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı ve elektronik sertifikalarda sahtekarlık suçları da herkes tarafından işlenebilmekle beraber failin elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı çalışanı olması halinde fail daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaktadır.

D. Suçların Manevi Unsuru

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu kapsamında düzenlenen suç tipleri taksirli halleri düzenlenmediğinden ancak kast ile işlenebilmektedir. Bununla birlikte 5070 sayılı Kanun m. 16’da düzenlenen suç tipinin “*elektronik imza oluşturma amacıyla*” işlenmesi gerektiği ifade

¹⁰⁷ Aynı yönde bkz. Başlar, s. 50. Elektronik İmza Kanunu m. 17’de düzenlenen suçun her zaman mağdurunun olmayacağı ifade edilmektedir. Karagülmez, s. 194. Mağduru olmayan bir suç olamayacağından bu görüşe iştirak etmiyoruz.

¹⁰⁸ Özgenç, s. 228.

edilmektedir. Aynı şekilde Ek Madde 1/5'te yer alan suç tipinde de failin "elektronik mühür oluşturma amacı" ile hareket edilmesi beklenmektedir. Suçun kanuni tanımında yer alan ve failin taşıması gerektiği ifade edilen amaç suçun manevi unsuru açısından önem taşımaktadır. Zira failin kastının bu amaca yönelik olması yani failin özel bir kasta sahip olması gerekmektedir.¹⁰⁹ Doktrinde özel kast kavramı altında incelenen bu husus,¹¹⁰ 5070 sayılı Kanun m. 16 ve Ek Madde 1'de yer alan suçların basit şekline ilişkindir. 5070 sayılı Kanun m. 17'de düzenlenmiş suç açısından tartışma yaratan hususlardan biri, "elektronik sertifikaları bilerek kullanmak" fiili için de özel kast aranıp aranmayacağıdır.¹¹¹ Kanun koyucu ilgili maddede elektronik sertifikanın sahte olduğunun bilinmesine rağmen kullanılmasını suç olarak düzenlemiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 21'de kastın unsurları "bilmek" ve "istemek" olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla elektronik sertifikanın bilerek kullanılması açısından "bilmek" zaten kastın varlığı için şart olarak aranmaktadır. Failde suçun konusuna yönelik gerçekleştirilen fiilde bilme unsuru olmaksızın kasttan söz edilemeyecektir. Elektronik sertifikanın sahteliği bilinerek kullanılması halinde failin olası kastla hareket etmesinin mümkün olmadığı ifade edilmelidir.

E. Suçların Hukuka Aykırılık Unsuru

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 16'da ifade edilen "ilgili kişinin rızası dışında" ifadesi gereğince, imza oluşturma verisi veya aracının ilgili kişinin rızası ile elde edilmesi, verilmesi, kopyalanması, araçların yeniden oluşturulması ve elektronik imza oluşturulması suç sayılmamaktadır. Aynı şekilde 5070 sayılı Kanun Ek Madde 1/5 kapsamında "ilgili mühür sahibinin rızası veya talebi dışında" yapılan tipik hareketlerle suç oluşacağından mühür sahibinin rızası veya talebi var ise suç oluşmamaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinden

¹⁰⁹ Karagülmez, s. 190.

¹¹⁰ Kayıhan İçel, "Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli "Kast", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2007, C. 6, S. 12, s. 66-67. 5237 sayılı Kanun sisteminde özel-genel kast ayrımının kaldırıldığı ve amacın kastın bir türü olmadığı ifade edilmektedir. Özgenc, s. 311. Bu amaç doğrultusunda hareket edilmesi yerelidir; elektronik imzanın oluşturulması gerekmez. Karagülmez, s. 190.

¹¹¹ Doktrinde "kullanmak" fiili için özel kast bulunması gerektiği görüşü için bkz. Karagülmez, s. 194.

ilgilinin rızası kapsamında değerlendirilen bu husus¹¹², 5237 sayılı Kanun m. 26/2'ye göre yorumlanmalıdır: *“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”* Buna göre, imza veya mühür oluşturma verisi veya aracına sahip ilgili kişinin rızası ile kişinin yaptığı fiiller hukuka uygun kabul edilmektedir. 5070 sayılı Kanun m. 16 kapsamında ilgili kişi, kural olarak aynı Kanun'un 3. maddesinde tanımlanan imza sahibi olarak kabul edilmekte ve *“Elektronik imza oluşturmak amacıyla bir imza oluşturma aracını kullanan gerçek kişi”* olarak tanımlanmaktayken; Ek Madde 1 kapsamında elektronik mühür sahibi, *“elektronik mührü oluşturan kamu kurum ve kuruluşları, kamu idareleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile yargı mercileri ve noterlikler”* olarak tarif edilmektedir.

İmza veya mühür sahibi, kullanım yetkisini bir başka kişiye belirli bir süre için vermiş ise bu durumda bu kişinin rıza vermeye yetkili olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Doktrinde bir defaya mahsus olmayacak şekilde kullanım hakkının imza sahibi tarafından başkasına verilmesi halinde kullanım hakkı olan kişinin üçüncü bir kişinin kullanımına rıza göstermesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir.¹¹³ Örneğin, A kişisi imza sahibi iken kullanım yetkisini bir defaya mahsus olmayacak şekilde B kişisine vermiş ise, B kişinin rızasız imza oluşturma verisini veya aracını C kişisine vermesinin hukuka uygunluk nedeni oluşturacağı belirtilmektedir. Kanaatimizce, kanun koyucunun 5070 sayılı Kanun m. 16'da *“imza sahibi”* yerine *“ilgili kişi”* ifadesini tercih etmesi nedeniyle doktrindeki görüş doğru kabul edilmelidir. Bununla beraber kanun koyucu neredeyse aynı düzenleme olan 16. maddeden ayrılarak 5070 sayılı Kanun Ek madde 1/5'te *“ilgili mühür sahibi”* şeklinde bir düzenleme yapmıştır. Dolayısıyla bu hüküm için ancak ilgili mühür sahibinin kullanım hakkını vermesi gerekir. Söz konusu hükümde *“ilgili mühür sahibinin ... talebi”* özellikle yer aldığından mühür sahibinin rızası veya talebiyle kullanım hakkı

¹¹² Rızanın tipikliğe ilişkin bir unsur olduğu ve bu sebeple rızanın tipikliği kaldıracağı hususunda detaylı bilgi için bkz. Muhammet Demirel, *“Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza”*, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, C. 78, S. 3, s. 1476.

¹¹³ Başlar, s. 59; Dülger, s. 573.

elde eden kişinin üçüncü kişinin kullanımına rıza göstermesi mümkün değildir. Söz konusu rızanın suçun işlenmesinden önce veya en geç suçun işlenmesi anında verilmesi gerekmektedir. Suç işlendikten sonra verilen rıza eylemi hukuka uygun hale getirmez. İlgilinin rızası hariçinde 5070 sayılı Kanunda düzenlenen suçlar açısından değerlendirilmesi gereken bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. Ancak 5237 sayılı Kanun kapsamında yer alan hukuka uygunluk sebepleri olan özellikle hakkın kullanılması ve görevin ifası sebeplerinin somut olayın özelliklerine göre uygulanmasının mümkün olacağı durumlar ortaya çıkabilir. Doktrinde, özellikle 5371 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında koruma tedbirleri söz konusu olduğunda kolluk görevlilerinin fiillerinin görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebepleri kapsamında mütalaa edilebileceği ifade edilmektedir.¹¹⁴

F. Suçların Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu kapsamında düzenlenen suçlar daha önce ifade edildiği üzere neticenin aranmadığı, fiilin gerçekleşmesi ile suçun tamamlandığı sırf hareket suçlarıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre, kastedilen suçun icrasına elverişli hareketlerle başlanıp failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması halinde teşebbüs söz konusu olmaktadır. Suçun tamamlanamaması iki şekilde olabilir: İcra hareketlerinin tamamlanamaması veya suçun gerçekleşmesi için gerekli görülen neticenin gerçekleşmemesi. 5070 sayılı Kanunda yer alan suçlar açısından suçun tamamlanması için neticenin gerçekleşmesi gerekmediğinden bu husus ilgili suçlar açısından tartışılmaz. İcra hareketlerinin tamamlanamaması bakımından ise, suç tipinde icra hareketlerinin bölünmesinin mümkün olduğu durumlarda teşebbüsten söz edilebileceği ifade edilmektedir.¹¹⁵ Örneğin, bilişim sistemi üzerinden imza verilerinin kopyalanması esnasında bilgisayarın arıza vermesi nedeni ile kapanması veya elektronik sertifika oluşturulduğu sırada elektriklerin kesilmesi¹¹⁶ nedeni ile icra hareketlerinin

¹¹⁴ Başlar, s. 59.

¹¹⁵ Aydın, Devrim, "Suça Teşebbüs", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C. 55, S. 1, 109-110.

¹¹⁶ Özboyacı, s. 135.

tamamlanamaması durumlarında suç teşebbüs aşamasında kalmış sayılacaktır. Ancak bu durumda da failin hazırlık hareketlerini tamamlamış ve icra hareketlerine başlamış olmalıdır. Zira hazırlık hareketleri ilgili suçtan dolayı cezalandırılmaz.¹¹⁷

2. İştirak

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda düzenlenen suçlar açısından iştirak herhangi bir özellik arz etmemektedir. Dolayısıyla belirtilen suçlar bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişinin katılımı ile de işlenebilir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 37 ve devamı hükümleri 5070 sayılı Kanunda düzenlenen suç tipleri açısından da uygulama alanı bulur.

3. İçtima

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda düzenlenen suç tipleri seçimlik hareketli suç tipleridir. Dolayısıyla ilgili suç tiplerinde yer alan fiillerin birinin veya tümünün gerçekleşmesi farklılık yaratmayacak; seçimlik hareketli suçun özellikleri dolayısıyla tek bir suçun varlığından söz edilecektir. Ancak 5070 sayılı Kanun m. 16, m. 17 ve Ek Madde 1'in ayrı suç düzenlemeleri oldukları unutulmamalıdır.

5070 sayılı Kanun m. 16'da düzenlenen imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı; m. 17'de yer alan elektronik sertifikalarda sahtekarlık ve Ek Madde 1'de hüküm altına alınan elektronik mühür oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı suçlarını oluşturan fiiller 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan bazı suç tiplerini de oluşturmaktadır. Örneğin, bilişim sistemi üzerinden imza oluşturma verilerinin elde edilmesi ve kullanılması yoluyla yarar elde edilmesi halinde 5237 sayılı Kanun m. 243'te düzenlenen "Bilişim Sistemine Girme", m. 244'te düzenlenen "Bilişim Sistemi Aracılığıyla Hukuka Aykırı Yarar Sağlama Suçu" ve m. 135'te düzenlenen "Kişisel Verileri Hukuku Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu" da oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra, 5070 sayılı Kanun m. 16'da imza oluşturma ve Ek Madde 1'de yer alan mühür oluşturma verisinin veya aracının elde edilmesi halinde, 5237 sayılı Kanun m. 141 ve devamı hükümlerinde düzenlenen hırsız-

¹¹⁷ Özgenç, s. 501.

lık suçuna ilişkin tipik hareket de gerçekleşebilmektedir. Fakat burada hırsızlık suçunun yarar sağlama maksadının somut olayda olup olmadığına dikkat edilmesi gerekir. Aynı şekilde 5070 sayılı Kanun m. 17 hükmünde yer alan fiiller ile 5237 sayılı Kanun kapsamında yer alan belgede sahtecilik suçlarının oluştuğundan da bahsedilebilmektedir. Dolayısıyla tek fiil ile birden fazla farklı suç oluşmaktadır. Ancak 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre özel kanun olarak düzenlendiğinden özel kanun-genel kanun değerdendirilmesi yapılması ve özel kanun olan 5070 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.¹¹⁸

G. Suçlarda Soruşturma ve Kovuşturma ile Yaptırım

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda düzenlenen suçların takibi şikâyete bağlı değildir. Bu suçlar resen soruşturulur ve kovuşturulurlar. Bu nedenle söz konusu suçların işlendiğine yönelik basit şüphenin varlığı halinde, herhangi bir muhakeme koşulu olmaksızın Cumhuriyet savcısı derhal soruşturma başlatmak durumundadır. İlgili suçların ceza miktarları dikkate alındığında ilgili suçlarda davaya bakmakla görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleridir.

İmza oluşturma verilerinin izinsiz kullanılması ve elektronik sertifikalarda sahtekarlık suçlarının yaptırımı 5070 sayılı Kanun'da hapis ve adli para cezası olarak öngörülmüştür. 5070 sayılı Kanun m. 16'da yer alan imza ve Ek Madde 1/5'te yer alan mühür oluşturma verilerinin izinsiz kullanılması durumunda fail, *"bir yıldan üç yıla kadar hapis ve elli günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır."* Elektronik sertifikalarda sahtekarlık suçunun işlenmesi halinde ise fail, *"iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır."* Üç suç tipi açısından da failin elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı çalışanı olması halinde verilecek ceza yarısına kadar artırılır.

İmza veya mühür oluşturma verilerinin izinsiz kullanılması suçunun yaptırımı dikkate alındığında, 5271 sayılı Kanun m. 253/1-c hükmünde yer aldığı üzere suçta sürüklenen çocuk bakımından uzlaştırmanın uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gerekmektedir.

¹¹⁸ Başlar, s. 61; Dülger, s. 574.

5271 sayılı Kanun m. 253/1-c'ye göre, "Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar" uzlaştırma kapsamındadır. Bununla beraber aynı maddenin 2. fıkrasında "Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir." düzenlemesi bulunmaktadır. 5070 sayılı Kanun'da yer alan imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı suçu şikâyete tabi olmayan bir suç olarak düzenlenmiş; kanunda uzlaştırma ile alakalı bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu suç için uzlaştırma hükümleri uygulanamayacaktır.

5070 sayılı Kanununun 18. maddesinde ise idari para cezası verilmesi gereken haller düzenlenmiştir. Burada değinilmesi gereken husus, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı çalışanın kurumu adına yürüttüğü faaliyet sırasında hem örneğin, 5070 sayılı Kanun m. 12 kapsamındaki hükümlere aykırı hareket etmesi hem de m. 17 kapsamındaki suçu işlemesi halidir. Bir örnek üzerinden gitmek gerekirse, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı çalışanı olan A, B kişinin elektronik sertifikada yer alan kişisel bilgilerini m. 12'ye aykırı olan bir suç işleme kararı kapsamında C'ye vermiş ve C de bu bilgileri kullanmak suretiyle elektronik sertifikayı taklit etmiş olsun. Bu durumda A ile C müşterek fail olarak 5070 sayılı Kanun m. 17'den dolayı sorumludur. Bununla birlikte elektronik sertifika hizmet sağlayıcı 5070 sayılı Kanun m. 18 kapsamında idari para cezası ile cezalandırılacaktır.

5070 sayılı Kanun m. 18 düzenlemesi, aynı Kanun m. 12 kapsamındaki hükümler açısından önemlidir. Zira m. 18 kapsamında idari para cezasını gerektirdiği öngörülen tüm haller için "elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına" verilecek idari para cezasından bahsedilirken yalnızca m. 18/1-c hükmünde yer alan m. 12 kapsamındaki hükümlere aykırı davrananlara idari para cezası verileceğinden bahsedilmekte bu hükümde "elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı" şeklinde bir ibare bulunmamaktadır. Halbuki diğer hükümlerde olduğu gibi 5070 sayılı Kanun m. 12'de de elektronik hizmet sağlayıcısının yükümlülüklerinden bahsedilmektedir. 5070 sayılı Kanun gerekçesinde de m. 18 hükmü için; "Maddede, elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının Kanunla düzenlenen yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde Telekomüni-

kasyon Kurulu tarafından verilecek idarî nitelikli para cezalarının miktarı ve şartları tespit edilmiş” olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla m. 18/1-c hükmü sonucu verilecek para cezasının da elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına verileceği kabul edilmelidir.

III. SONUÇ

Elektronik imza, “gerçeklik, orijinallik, güvenilirlik ve imza kaynağına itiraz edilemezlik”¹¹⁹ özellikleri nedeniyle günümüzde ıslak imzanın yerine kullanılabilir hale gelmiştir. Zaman ve kaynak kullanımından tasarruf başta olmak üzere güvenilirlik, denetlenebilirlik gibi avantajları nedeniyle tercih edilen elektronik imza ve elektronik mühür kullanımının yaygınlaşması da hukuki temellerinin daha sağlam oturtulması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu bu anlamda elektronik imza ve mührün çerçevesini çizmiş ve mevzuattaki diğer hükümlerle birlikte söz konusu elektronik veriler günlük hayata dahil edilmiştir.

Özellikle son 20 yılda hem kamu sektöründe hem özel sektörde elektronik imzanın oldukça yaygın kullanılması ile elektronik imzaya bağlı suç tipleri de öngörülmek durumunda kalmış ve özel kanuni düzenlemeler ile hukuka aykırı fiiller suç olarak kabul edilmiştir. 2004 yılında yürürlüğe giren 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu kapsamında düzenlenen suç tipleri ile gerçek kişilerin elektronik imza oluşturmak adına kullandıkları veriler ve elektronik sertifikanın güvenliği ve güvenilirliği koruma altına alınmıştır. Bununla beraber E-Devlet uygulamalarının yaygınlaşması ve elektronik verilerin her alanda sıklıkla kullanılması sonucu, yalnızca gerçek kişilerin kullanabildiği elektronik imzanın yanı sıra elektronik mühür ile alakalı yasal bir düzenlemeye de ihtiyaç duyulmuş ve 2021 tarihinde bu hususta bir hüküm 5070 sayılı Kanun’a dahil edilmiştir. 5070 sayılı Kanun Ek Madde 1’de yapılan düzenlemede elektronik mührün yasal sınırları belirlenmiş ve elektronik mühür oluşturma verisi ve aracının korunması amacıyla cezai hükümlere de yer verilmiştir.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu İkinci Bölüm Üçüncü Kısımında cezai hükümler düzenlenmiştir. 5070 sayılı Kanun m. 16 ve m. 17’de

¹¹⁹ Keser Berber, s. 127.

hapis ve adli para cezası gerektirir iki adet suç tipi düzenlenmiş iken m. 18'de Kanun'da belirtilen maddelerde yer alan yükümlülüklerle aykırılık halinde ortaya çıkacak idari para cezası ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Aynı Kanun Ek Madde 1'in 5. fıkrası kapsamında ise elektronik mühür oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı suçu yer almaktadır. Her iki suç tipinin koruduğu hukuki değer, elektronik imza sürecinin hukuki çerçevede ilerlemesini sağlamak adına elektronik imzanın, elektronik imza oluşturma araçlarının ve nitelikli elektronik sertifikaların doğruluğu ve bu sisteme olan güvenin korunmasıdır. İmza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımında fail, elektronik imza oluşturma amacı ile ilgili kişinin rızası dışında; imza oluşturma verisi veya imza oluşturma aracını elde etmekte veya kopyalamakta ve bu araçları yeniden oluşturmak ile izinsiz elde edilen imza oluşturma araçlarını kullanmak suretiyle izinsiz elektronik imza oluşturmaktadır. Elektronik sertifikalarda sahtekarlık suçunda fail, tamamen veya kısmen sahte elektronik sertifika oluşturmakta veya geçerli olarak oluşturulan elektronik sertifikaları taklit veya tahrif etmekte veya bu elektronik sertifikaları bilerek kullanmaktadır. Bu suçlar sırf hareket suçu olarak düzenlenmiştir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 16'da suçun konusu imza oluşturma verisi veya aracı; Ek Madde 1/5'te elektronik mühür oluşturma verisi veya aracı iken; aynı Kanun'un 17. maddesinde suçun konusu nitelikli elektronik sertifikadır. Dolayısıyla imza ve mühür oluşturma verisi veya aracı ile nitelikli elektronik imzaya veya elektronik mühre sahip olan ilgili kişi¹²⁰ suçun mağdurudur. Doktrinde bir görüşe göre suçun mağduru Devlettir¹²¹. İmza veya oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı ve elektronik sertifikalarda sahtekarlık suçları da herkes tarafından işlenebilmekle beraber failin elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı çalışanı olması halinde fail daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaktadır. Sırf hareket suçu olarak düzenlenen bu suç tiplerinde teşebbüs tartışması yapılmayacak olup iştirak açısından da özel bir durum bulunmamaktadır. İçtima açısından özellikle

¹²⁰ Elektronik imza sahibi, 5070 sayılı Kanun m.3'e göre yalnızca gerçek kişiler olabilirken; Aynı Kanun Ek Madde ¼ kapsamında "elektronik mührü oluşturan kamu kurum ve kuruluşları, kamu idareleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile yargı mercileri ve noterlikler" elektronik mühür sahibi olabilmektedir.

¹²¹ Ozer, s. 162.

TCK'da düzenlenen m. 243, 244 ve m. 135 suçlarının da oluşması ihtimali söz konusu olmaktadır. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda düzenlenen suçların takibi şikâyete bağlı değildir. Bu suçlar resen soruşturulur ve kovuşturulurlar.

Çalışmamız için taradığımız yargı kararlarında 5070 sayılı Kanun'da düzenlenen suç tipleri ile alakalı bir içtihadı ulaşılamamıştır. Kamusal alanda veya özel sektörde güvenliğin ve caydırıcılığın sağlanabilmesi adına düzenlenen bu suç tipleri ile alakalı uygulamacıların teorik bilgisi de sınırlı kalmaktadır. Ancak günümüz toplumunda özellikle devlet işlerinin yürütülmesinde ve ticari alanda elektronik imzanın ve elektronik mührün güvenilirliğinin sağlanması oldukça önemlidir. Bu nedenle uygulamacıların, resen muhakeme edilen bu suç tipleri hakkında da bilgi sahibi olması gerekliliği kaçınılmaz görülmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Berber Keser Leyla, İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Çakmakaya Baki Yiğit, Türk Vergi Hukukunda Elektronik İmza Uygulamaları ve Adaptasyonu, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Delta George B./Matsuura Jeffrey H, Law of The Internet- I, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2021.
- Dülger Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Erbayraktar Burcu, Güvenli Elektronik İmza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Ertanhan Mesut, Kamu Görevlilerinin İmza, Paraf ve Elektronik İmzalarından Doğan Sorumlulukları, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018).
- Karagülmez Ali, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Orer Gürsel, Elektronik İmza ve Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Orta Mesut, Elektronik İmza ve Uygulaması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Sağiroğlu Şeref/Alkan Mustafa, Her Yönüyle Elektronik İmza, Grafiker Yayınları, Ankara, 2005.
- Sağlam İpek, Elektronik Sözleşmeler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- Sevimli K. Ahmet, "Elektronik Sözleşmeler ve ABD Elektronik İmza Yasası", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 1023-1041.
- Sözer Bülent, "Elektronik İmza Kanunu'na Göre Dijital İmza", Prof. Dr. Ergon A. Çeçtingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, Çizgi Basım Yayın, Ankara, 2007, s. 994-1030.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan /Önok R.Murat , Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Makaleler

- Aalberts B. P. /Van Der Hof S "Digital Signature Blindness Analysis of Legislative Approaches to Electronic Authentication", *EDI Law Review*, C. 7, S. 1, 2000, 1-56.
- Ahi Gökhan, "Hukuki Bakımdan Dijital (Sayısal) İmza", *Bilişim ve Hukuk Dergisi*, C. 8, 2008, 28-32.
- Ahn Jaeso, "Analyzing and Evaluating the 2020 General Amendments to the Korean Digital Signature Act", *Journal of Korean Law*, 2021, C. 20, S. 2, 577-614.
- Akın Gülfer, "Belgede Sahtecilik Suçlarının Konusu Olarak Elektronik/Dijital Belge", *Bilişim Hukuku Dergisi*, 2021, C. 3, S. 1, 76-138.
- Aydın Devrim, "Suça Teşebbüs", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C. 55, S. 1, 85-113.
- Başlar Yusuf, "Elektronik İmza Kanunu'nda Düzenlenen Bilişim Suçları", *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 4, S. 7, 42-64.
- Biçkin İnci, "Elektronik İmza ve Elektronik İmza ile İlgili Yasal Düzenlemeler", *TBB Dergisi*, 2006, S. 63, 109-126.
- Blythe Stephen E, "Digital Signature Law of The United Nations, European Union, United Kingdom and United States: Promotion of Growth in E-Commerce With Enhanced Security", *Richmond Journal of Law and Technology*, 2005, C. 11, S. 2, 1-20.
- Bromby Michael, "Identification, Trust and Privacy: How Biometrics Can Ais Certification of Digital Signatures", *International Review of Law, Computers & Technology*, 2010, C. 24, S. 1, 133-142.
- Camcı Sinem, "İnternet Üzerinden Kurulan Sözleşmelerde Elektronik İmzanın Hukuki Niteliği", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2020, S. 165, 1017-1029.
- Çetin Emine Halman, "Elektronik Belgelerin Hâkim Tarafından Delil Olarak Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 54, 2011, 60-71.
- Demirel Muhammet, "Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, C. 78, S. 3, s. 1476.

- ENISA EUROPA: Security Guidelines on The Appropriate Use of Qualified Electronic Signatures, 2016, <https://www.enisa.europa.eu/publications/security-guidelines-on-the-appropriate-use-of-qualified-electronic-signatures>, E.T. 30.12.2020.
- Erturgut, Mine. "Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-belge ve E-imza", *Bankacılar Dergisi*, no. 48, (2003), 66-79.
- Farah Nadim, "What's the Difference between Advanced and Qualified Signatures in eIDAS?", 2020, <https://www.globalsign.com/en-in/blog/difference-between-eidas-advanced-and-qualified-electronic-signatures>. E.T. 30.12.2020.
- İçel Kayıhan, "Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli "Kast"", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2007, C. 6, S. 12, 61-70.
- Kalama M. Lui-Kwan, "Recent Developments in Digital Signature Legislation and Electronic Commerce", *Berkeley Technology Law Journal*, 1999, C. 14, S. 1, 463-482.
- Katoğlu Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 61, S. 2, 657-693.
- Lentner Gabriel /Parycek, "Electronic Identity (eID) and Electronic Signature (eSig) for eGovernment Services – A Comparative Legal Study", *Transforming Government: People, Process and Policy*, 2010, C. 10, S. 1, 18-25.
- Lim Yee Fen, "Digital Signatures, Certification Authorities: Certainty in The Allocation of Liability", *Singapore Journal of International & Comparative Law*, 2003, C. 7, S. 1, 183-200.
- Öz Emine, "Elektronik İmza-Hukuki Boyutuyla" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- Özboyacı Alper, "5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda Yer Alan Cezai Hükümler", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2009, C. 4, S. 39, 127-136.
- Risnaes Rolf, "Digital Certificates and Certification Services", *Scandinavian Studies in Law*, 2004, C. 47, 131-154.
- Sevim Tuğrul, Elektronik İmza Uygulamasında Kullanılan Zorunlu ve İhtiyari Dokümanlar", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Smedinghoff Thomas J, "Electronic Contracts and Digital Signatures: An Overview of Law and Legislation", *Journal of Equipment Lease Financing*, 1998, C. 16, S. 2, 2-17.
- Smedinghoff Thomas J./Bro Ruth Hill, "Moving with Change: Electronic Signature Legislation as a Vehicle for Advancing E-Commerce", *John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law*, 1999, C. 17, S. 3, 724-768.
- Smith Brian W. / Tufaro S Paul, "To Certify or Not To Certify The OCC Opens the Door To Digital Signature Certification", *Ohio Northern University Law Review*, 1998, C. 24, S. 4, 813-830.
- Şenocak Zarife, "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 2, 97-135.
- Topcan Ferda, "E-İmza Teknolojisi", TODAİE e-Devlet Merkezi Uygulamalı E-İmza Semineri, 2011, <https://cdn2.beun.edu.tr/bidb/119ce0b4466f34d9159e2fe63b78bf-d5/1eimzateknolojisi.pdf> E.T. 31.12.2020.

- Yardımcı Mehmet Ertan, "Elektronik İmza ve Elektronik İmzanın Medeni Usul Hukukumuza Etkileri", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Yeşil Sezen /Alkan Mustafa/Acarer Tayfun, "E-İmza Uygulamalarında AB ve Türkiye'de Mevcut Durum ve Öneriler", Ulusal Elektronik İmza Sempozyumu Bildiriler Kitabı, ed. Mustafa Alkan/Şeref Sağıroğlu, CMS Yayınları, Ankara, 2006, 1-9.
- Yıldırım Mustafa Fadıl, "Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukukî Sorumluluğu", *AÜEHFD*, 2004, C.8, S. 3-4, 257-283.
- Yılmaz Mustafa, "Elektronik İmzalı Belgelerin Karşılaştırmalı Hukukta ve İdarî Yargılama Hukukunda Delil Niteliği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı Cevdet Yavuz'a Armağan*, 2016, C. 22, S. 3, 3435-3486.

İnternet Kaynakları

www.dergipark.org.tr

www.emerald.com

eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0910&from=EN

www.govinfo.gov

www.heinonline.com

www.legislation.gov.uk

<http://kamusm.gov.tr>

<https://sozluk.gov.tr/>

www.tandfonline.com

www.turcademy.com

İDARENİN SORUMLULUĞUNDA YANSIMA ZARAR

DAMAGE BY REFLECTION IN LIABILITY OF ADMINISTRATION

Fatma Ebru GÜNDÜZ*
Melike Özge ÇEBİ BUĞDAYCI**

Özet: Özel hukukta hukuka aykırı bir fiilin muhatabı olan kişiden başka birinin bu fiil nedeniyle zarara uğraması halinde yansımaya zarar varlığından söz edilir. Yansımaya zarar kavramı idare hukukunda da benzer şekilde anlaşılmaktadır. İdarenin bir faaliyeti nedeniyle bu faaliyetin yöneldiği kişiden başka bir kimsenin zarara uğraması halinde yansımaya zarar söz konusu olur. Yansımaya zarar nedeniyle hükmedilecek tazminatın sebepsiz zenginleşmeye neden olmaması için yansımaya zararın tazmini ancak bazı koşulların varlığı halinde mümkündür. Bu koşullardan en önemlisi yasal düzenlemenin varlığı olup, idare hukuku boyutu ile yansımaya zararların tazmini 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde hem maddi hem manevi zarar halinde mümkündür. Maddi zarar, destekten yoksun kalma tazminatı; manevi zarar ise ölenin veya ağır bedensel zarar görenin yakınları için öngörülen manevi tazminat kapsamında karşılanmaktadır. Bu çalışmada Türk idare hukukunda yansımaya zarar kavramının idarenin sorumluluğundaki yeri, yargı kararları ekseninde ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İdarenin Sorumluluğu, Zarar, Tazminat, Yansımaya Zarar

Abstract: In private law, if someone other than the person who is the addressee of an unlawful act suffers damage due to this act, the existence of damage by reflection is mentioned. The concept of damage by reflection is similarly understood in administrative law. The damage by reflection occurs when a person other than the person to whom this activity is directed suffers damage due to an activity of the administration. In order to ensure that the compensation does not lead to unjust enrichment, the compensation of the

* Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, fegunduz@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7721-9444

** Doç. Dr., Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi Hukuk Bilimleri Bölümü, melikeozge.cebibuğdayci@jsga.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7011-5319, Makalenin Gönderim Tarihi: 24.07.2024, Kabul Tarihi: 12.09.2024

damage by reflection is only possible in the presence of certain conditions. The most important of these conditions is the existence of a legal regulation, and the compensation of damages by reflection is possible in case of both pecuniary and non-pecuniary damages within the framework of the Turkish Code of Obligations No. 6098. Pecuniary damage is compensated within the scope of compensation for loss of support, while non-pecuniary damage is compensated within the scope of non-pecuniary compensation for the relatives of the deceased or the person who has suffered serious bodily harm. In this study, the concept of damages by reflection in Turkish administrative law is examined in the scope of judicial decisions.

Keywords: Liability of Administration, Damage, Compensation, Damage by Reflection

GİRİŞ

1982 Anayasası'nın 2. maddesindeki Cumhuriyetin niteliklerinden bir tanesi olan hukuk devleti ilkesinin unsurları arasında idarenin sorumluluğu ilkesi yer almaktadır. Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasındaki "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*" hükmü ile idarenin sorumluluğu açıkça pozitif bir anayasal dayanağa kavuşmuştur.

İdarenin sorumluluğu kavramı, idarenin sebep olduğu zararları tazmin etmesini ifade eder. Bilindiği üzere idarenin sorumluluğu için bir zararın ortaya çıkması ve bu zarara idarenin bir davranışının sebep olması gerekir. Dolayısıyla idarenin sorumluluğunun, idareye ait bir fiil, zarar ve illiyet bağı olmak üzere üç şartı bulunmaktadır.¹

İdarenin sorumluluğunun şartlarından bir tanesi olan zarar, bir hukuk süjesinin maddi veya manevi varlığında kişinin istemi dışında gerçekleşen eksilmeler olarak tanımlanabilir.² Dolayısıyla idarenin kusurlu bir fiilinin dahi bulunması idarenin sorumluluğu için yeterli değildir. İdarenin davranışı neticesinde bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. İdari dava türlerinin düzenlendiği 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)'un 2. maddesinde de tam yargı davası açabilecek olanlar, "*kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar*" olarak ifade edilmiştir. Bu maddede ifade edilen hak ihlali de maddi ve manevi zarar olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹ İdarenin kusurlu sorumluluğu için ayrıca kusur şartı da aranmaktadır.

² Yüksel Esin, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, Ankara 1976, s. 441.

Zarar kavramının pek çok açıdan sınıflandırmaya tabi tutulduğunu görmekteyiz. Malvarlığı- şahıs varlığı zararları, maddi zarar- manevi zarar, doğrudan zarar-dolaylı zarar gibi.

Biz de çalışmamızda idare hukukunda idarenin sorumluluğunun kabul edilebilmesi için varlığı gereken zararın hangi özelliklere sahip olması gerektiğini, özellikle yansıma zararın ne olduğunu ve yansıma zararın idarenin sorumluluğu kapsamı içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini incelemeye çalışacağız.

I. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN BİR ŞARTI OLARAK ZARAR

Yargı merci tarafından idarenin sorumluluğunun mevcut olduğunun kabul edilebilmesi için idarenin eylem veya işlemi neticesinde meydana gelmiş bir zararın bulunması gerekir. Dolayısıyla zarar olmadığı sürece idarenin kusurlu da olsa bir eylem veya işleminin var olması idarenin sorumluluğunu gündeme getirmeyecektir.

İdarenin bir fiili neticesinde gerçekleşen zarar sebebiyle sorumluluğunun kabul edilebilmesi için zararın bazı özelliklere sahip olması gerekir. Öncelikle zararın, gerçek; bir diğer ifade ile kesin³ bir zarar olması gerekir.⁴ Zararın gerçek veya kesin olması, muhtemel zararların idarenin sorumluluğu için yeterli kabul edilemeyeceği an-

³ Ender Ethem Atay/Hasan Odabaşı, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin, Ankara 2010, s. 183. "İdarenin tazminle yükümlü tutulması, ancak bir maddi zararın kesin olarak ortaya çıkmış, belirgin hale gelmiş olması halinde mümkündür. Kişinin isteği dışında maddi varlığında meydana gelen kayıp ve eksiklikler ile çoğalma olanağından yoksunluk olarak tanımlanan maddi zarar, henüz kesin olarak ortaya çıkmamış, belirgin hale gelmemiş ise, bu aşamada idarenin tazmin yükümlülüğüne gidilmesine olanak bulunmamaktadır." Danıştay 15. D, E. 2017/3132, K. 2018/2171, T. 01.03.2018 (Lexpera); Danıştay 10. D, E. 2003/765, K. 2006/66, T. 25.01.2006 (Lexpera).

⁴ "(İ)dare hukukunun yerleşmiş içtihatlarına göre, tazmini gereken maddi zarar gerçek zarar olup, ilgilinin haksız zenginleşmesine yol açacak nitelikte bir tazminata hükmedilemez. Başka bir anlatımla, hükmedilecek tazminat miktarı, iptal edilen işlem nedeniyle davacının mamelekinde meydana gelen maddi azalma tutarından fazla olamaz." Danıştay 5. D, E.1986/744, K. 1988/461, T. 11.02.1988 (Kazancı). "(İ)darenin hukuka aykırı işlemi ile nedensellik bağı kurulabilen gerçek maddi zararın tazmini gerekmektedir." Danıştay 6. D, E. 2019/11073, K. 2020/9846, T. 21.10.2020 (Yayınlanmamıştır).

lamuna gelir.⁵ Elbette idarenin sorumluluğuna hükmedildiği tarihte gerçekleşmemiş olmakla birlikte, ileride gerçekleşeceği muhakkak olan zararlar muhtemel zarar olarak değerlendirilemeyecek, gerçek zarar olarak kabul edilecek ve idarenin sorumluluğuna da sebep olabilecektir.⁶ İleride gerçekleşeceği kesin olan zararların miktarının net belirlenememesi halinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 50. maddesinin 2. fıkrasına⁷ göre hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler. Bilindiği üzere TBK'nın 55. maddesinin 2. fıkrasına göre; *"Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır"*.

İdarenin sorumluluğuna sebep olacak zararın belirli veya belirlenebilir nitelikte olması zorunludur⁸. Zararın özel nitelikte olması da gerekir. Bu kapsamda herkesi kapsayan külfetlerden değil de belli kişi veya kişileri etkileyen zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu söz konusu olur.⁹ İdarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için zararın aynı zamanda para ile ölçülebilir bir zarar olması da gerekir.¹⁰

⁵ "Kesin zararın karşılığını muhtemel zarar teşkil eder. Muhtemel zarar gerçekleşmemiş zarar olduğu için tazmin edilmez." Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, 22. baskı, Ankara 2017, s. 560. Muhtemel zarar, henüz mevcut olmayan, eklenecek bir riskin gerçekleşmesi halinde doğma ihtimali bulunan zarar olup, bu zararın tazmininin risk gerçekleşmedikçe söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, Vedat Kitapçılık, 14. baskı, İstanbul 2018, s. 44.

⁶ Atay/Odabaşı, s. 183. Zarar gerçekleşmiş bir zarar olmamakla birlikte gelecek bir zararsa ve hâkim zararın gerçekleşeceğine kanaat ederse bu halde zararın tazmini gerekir. Eren, s. 560. Mağdurun ileride doğacak zararlarının karşılanması için, bu zararların gelecekte ihtimal olarak değil, kesin olarak ortaya çıkacak olması gerekmektedir. Ender Ethem Atay, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin, 2. baskı, Ankara 2023, s. 349; Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Önüt, İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, Seçkin, 5. baskı, Ankara 2023, s. 328.

⁷ 6098 sayılı Kanun, m. 50/2: "Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler."

⁸ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Seçkin, 9. baskı, Ankara Eylül 2023, s. 623.

⁹ Atay, s. 350.

¹⁰ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, İdari Yargılama Hukuku, s. 623; Kemal Gözler, İdare Hukuku C. II, Ekin, 3. baskı, Bursa 2019, s. 1334; Atay, s. 351. İdarenin sorumluluğunda zararın taşınması gereken özellikler hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca

İdarenin sorumluluğuna sebebiyet verebilecek olan zararın sahip olması gereken bir diğer özellik ise, zararın idarenin fiilinin doğrudan bir sonucu olmasıdır. Bir diğer ifade ile doğrudan zarar olmasıdır.¹¹ Nitekim tam yargı davaları, “*idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları doğrudan zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davaları olup, idarenin hukuki (mali/tazmin) sorumluluğunun yargı aracılığıyla yerine getirilmesini sağlamaktadır.*”¹² İYUK’un 2. maddesinde de tam yargı davası açabilecekler için “*doğrudan hakları muhtel olanlar*” ifadesindeki “doğrudan” kelimesi, zararın bu özelliğini vurgulamaktadır. Buna göre idare kendi fiilinin bir neticesi de olsa, dolaylı zararlardan sorumlu değildir.

II. DOĞRUDAN ZARAR-DOLAYLI ZARAR AYRIMI VE YANSIMA ZARAR KAVRAMI

Sorumluluğun konusu olan zarar çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır. Zarar; maddi zarar-manevi zarar, doğrudan zarar-dolaylı zarar gibi farklı sınıflandırmalara tabi tutulabilmektedir. Bu sınıflandırmalardan konumuz olan yansıma zarar ile ilgili olanı doğrudan zarar-dolaylı zarar ayırımıdır. Bu sebeple öncelikle doğrudan zarar-dolaylı zarar ayırımını inceleyecek, ardından da yansıma zarar kavramını ele alacağız.

A. Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayrımı

Doğrudan zarar-dolaylı zarar ayırımı esasen illiyet bağı ile ilgili bir ayırmadır.¹³ Doğrudan zarar, sorumluluğa sebep olan fiil ile zarar arasında doğrudan bir ilişkinin var olması halinde gündeme gelir. Bu yönüyle hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kimsenin bu fiil nedeniyle araya başka bir sebep girmeden uğradığı zararlar doğrudan zararı oluşturur.¹⁴ Bu yönüyle doğrudan zarar, zarar veren fiilin “*ilk ve en yakın sonucu*” olarak karşımıza çıkar.¹⁵

bkz. Şenel Sarsıkoğlu, “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, *AÜHFD*, 2016, C. 65, S. 4, 2389-2422.

¹¹ Atay/Odabaşı, s. 186.

¹² Danıştay 10. D, E. 2021/6032, K. 2022/2738, T. 25.05.2022 (Yayınlanmamıştır); Danıştay 10. D, E. 2022/205, K. 2023/8474, T. 24.12.2015 (Yayınlanmamıştır).

¹³ Eren, s. 553.

¹⁴ Oğuzman/Öz, s. 43.

¹⁵ Oğuz Sadık Aydos, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (THD)*, Seçkin, 3. baskı, Ankara 2023, s. 90.

Fiilin doğrudan sonucu olmayıp da zarar doğuran fiilin doğrudan sonucuna bağlı meydana gelen zararlar, bir diğer ifade ile birbirini takip eden zararlar ise dolaylı zarar olarak kabul edilmelidir.¹⁶ Bu kapsamda dolaylı zarar, fiilin neden olduğu asıl zarara bağlı olarak ortaya çıkan, bu zarara eklenen bir sebeple ortaya çıkan zararlar olarak ifade edilebilir. Örneğin (A)'nın (B)'nin kamyonunu yakması halinde kamyonun değerinde meydana gelen azalma (B)'nin doğrudan zararını, kamyonun taşıyacağı yükleri taşıyamaması nedeniyle ortaya çıkan zararlar ise (B)'nin uğradığı dolaylı zararları oluşturmaktadır.¹⁷ Doğrudan zararda, zarar ile fiil arasındaki illiyet bağı açıkça görülebilirken; dolaylı zararda uygun nedensellik bağının ayrıca araştırılması gerekir.¹⁸ Dolayısıyla ortaya çıkan dolaylı zararların tamamından failin sorumlu tutulması söz konusu olmaz.

İdare hukuku boyutuyla konu ele alınacak olursa, idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için de illiyet bağının doğrudan olması gerekmektedir.¹⁹ Zarar ile zararı doğuran davranış arasında doğrudan doğruya bir ilişki bulunmalıdır.²⁰ Başka bir deyişle, idarenin fiili, oluşan zararın doğrudan nedeni olmalıdır.²¹ Bu kapsamda idare, kural olarak ancak doğrudan zararlardan

¹⁶ Aydos, s. 90. Bununla birlikte asıl zararı takip eden veya eşlik eden zararların aslında ilk ihlal fiili ile uygun illiyet bağı içinde olduğundan bahisle dolaylı zarar değil doğrudan zarar olarak da değerlendirilebileceği yönünde bkz. Eren, s. 553-554.

¹⁷ Oğuzman/Öz, s. 43.

¹⁸ Oğuzman/Öz, s. 43; Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 565.

¹⁹ "İdarenin zararı tazmin borcunun doğabilmesi için zarar ile idarenin işlem veya eylemi arasında doğrudan doğruya bir neden sonuç ilişkisi bulunmalıdır." Atay, s. 354.

²⁰ Atay/Odabaşı, s. 205; Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, 32. baskı, Ankara 2012, s. 318.

²¹ Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin, 9. baskı, Ankara Eylül 2017, s. 690. Örneğin Fransız Danıştay'ı asfaltlama çalışmaları nedeniyle idarece yeterli önlem alınmayarak, sinema salonuna giden ve çalışmanın yapıldığı yoldan geçen yayaların ayakkabılarının kirlenmesi neticesinde sinema salonu zeminin kirlenmesi örneğinde sinema salonu sahiplerinin uğradığı zararların, yapılan bayındırlık çalışmalarının dolaysız bir sonucu olduğu kabul edilmiştir. C.E. 7 mars 1969, Nakleden; Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu (Çev. Turgut Candan), Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No: 39, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1984, s. 62-63.

sorumlu tutulabilir. İdare hukukunda, asıl zararı takip eden dolaylı zararlar idarenin tazminat sorumluluğuna sebep olmamaktadır. Zira ortaya çıkan sonuç, idarenin fiilinin doğrudan bir sonucu değildir.

Bazen doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımı kendisine mevzuatta da yer bulmuş, dolaylı zararların neler olduğu belirlenerek, bu türden zararlar sorumluluk kapsamı dışında tutulmuştur. Örneğin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun "Zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususlar" başlıklı 92. maddesi uyarınca; gelir kaybı, kâr kaybı, iş durması ve kira mahrumiyeti gibi trafik kazasının doğrudan sonucu olmayan zararlar dolaylı zarar olarak ifade edilmiş ve zorunlu mali sorumluluk sigortasının bu neviden zararları kapsamadığı belirtilmiştir.²² Danıştay 8. Dairesi'nin bir kararında da; "7327 sayılı Kanun'la 2918 sayılı Kanun'un 92. maddesinde yapılan değişiklik ile gelir kaybı, kâr kaybı, iş durması ve kira mahrumiyeti gibi dolaylı zararların zorunlu mali sorumluluk sigortasının kapsamı dışında olduğunun vurgulandığı, bu durumda, dava konusu düzenleme ile trafik kazasının doğrudan sonucu olmayan mal varlığı eksilmelerinin zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışında tutulmasında hukuka aykırılık bulunmadığı" vurgulanmıştır. Bu kapsamda bir trafik kazası nedeniyle ortaya çıkan gelir kaybı, kar kaybı gibi zararlar trafik kazasının doğrudan sonucu olmayan mal varlığı eksilmeleri olarak, başka bir deyişle dolaylı zarar olarak değerlendirilmiştir.²³ Bu şekilde mevzuatta doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımına ilişkin bir belirlemenin bulunmadığı hallerde, somut olayın özellikleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerekecektir.

Dolaylı zararların idarenin tazminat sorumluluğunun dışında bırakıldığını, İYUK'un 2. maddesindeki tam yargı davasına ilişkin düzenlemeden de çıkarabiliriz. Bu düzenlemede tam yargı davası açabilecek olanlar "kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar" olarak belirtilmiştir.

²² Benzer şekilde 27.07.2017 tarih ve 30136 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sivil Hava Araçları Üçüncü Şahıs Mali Sorumluluk Sigortası Hakkında Yönetmelik'in Sigortanın kapsamı ve sigorta yaptırma yükümlülüğü başlıklı 6. maddesinde; "Üçüncü şahısların maruz kalacağı kâr kaybı ve kira kaybı dâhil tüm dolaylı zararlar sigorta kapsamı dışındadır" denilerek, kazanın doğrudan sonucu olmayan kar kaybı gibi zararlar dolaylı zarar olarak değerlendirilmiş ve sorumluluk dışında tutulmuştur.

²³ Danıştay 8. D. E. 2020/6158, K. 2022/4603, T. 04.07.2022 (Yayınlanmamıştır); Danıştay 8. D. E. 2020/6151, K. 2022/1012, T. 18.02.2022 (Yayınlanmamıştır).

Görüleceği üzere yasa koyucu, tam yargı davasını açabilecek olanları yalnızca kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar ile sınırlandırmıştır. Dolayısıyla idarenin bir işlem veya eyleminden dolayı zarara maruz kalan kişi dava açma hakkına sahip olmadığı için dolaylı zararlar idarenin sorumluluğuna da sebep olmayacaktır. Danıştay kararlarında da tazminat hukukunda dolaylı zararların tazmininin mümkün bulunmadığı açıkça vurgulamaktadır.²⁴

B. Yansıma Zarar Kavramı

“Yansımak” kelimesi, “...bir yüzeye çarparak yön değiştirmek”²⁵ anlamına gelmektedir. Bu anlamda zararın yansıması kavramı ile aslında hukuka aykırı eylemin yöneldiği kişiye temas ettikten sonra, yön değiştirerek başka bir kişiye yönelmesi ve yöneldiği bu kişide de etki doğurması anlaşılmalıdır.

Özel hukukta yansıma zarar, hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kişiden başka kişilerin de bu fiil nedeniyle uğradığı zarar olarak tanımlanmaktadır.²⁶ Örneğin hukuka aykırı bir fiil nedeniyle ölen bir ses sanatçısının eşi ve çocuklarının bu sebeple sanatçının desteğinden mahrum kalmaları veya sanatçının ölümü nedeniyle çalıştığı eğlence yerinin bir süre iş yapamaması nedeniyle uğradığı zararlar yansıma zarar olarak kabul edilmektedir.²⁷ O halde dolaylı zarar kavramı ile hukuka aykırı fiilin kişiye verdiği “doğrudan zarara bağlı olarak eklenen bir sebeple” kişinin uğradığı zarar anlaşılmaktadır.²⁸ Bu kapsamda dolaylı zarar, hukuka aykırı fiil nedeniyle bu fiilin yöneldiği kişinin uğradığı asıl zararın yanında ortaya çıkan ek zarar iken; yansıma zararda bu fiil nedeniyle asıl zarar gören kişiden başka kişilerin zarara uğraması hali söz konusudur.²⁹

²⁴ “(T)azminat hukukunda dolaylı zararların tazmininin de mümkün bulunmadığından davacının maddi tazminat talebinin reddi gerektiği” yönünde, Danıştay 6. D, E. 2012/4164, K. 2013/8468, T. 12.12.2013 (Yayınlanmamıştır).

²⁵ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, “yansımak”, <https://sozluk.gov.tr/> (24.05.2024).

²⁶ Oğuzman/Öz, s. 43; Aydos, s. 90; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 11. baskı, Ankara 2016, s. 278.

²⁷ Oğuzman/Öz, s. 43-44.

²⁸ Oğuzman/Öz, s. 43.

²⁹ Doktrinde doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımının “zarara doğrudan uğrayan kimse-yansıma yoluyla uğrayan kimse” ayrımı ile karıştırılmaması gerektiği yö-

Yansımaya zarar, idare hukuku boyutuyla da özel hukuktakine benzer içerikle anlaşılmakta ve kullanılmaktadır. Danıştay bir kararında yansımaya zararı şu şekilde tanımlamaktadır: *“Yansımaya zarar, hukuka aykırı bir fiilin muhatabı olan kişiden başka birinin bu fiil nedeniyle zarara uğraması olarak tanımlanmakta olup, bir kimsenin ağır beden zararına uğraması veya ölmesi durumunda yakınlarının uğradığı zarar yansımaya zarar niteliğindedir.”*³⁰

Yansımaya zararda zararın yansımaya değil, haksız eylemin sonucunun bir yansımaya var diyebiliriz. Bu sebeple de yansımaya yoluyla zarar gören kişiler için “dolaylı mağdur” veya “dolayısıyla zarar görenler” ifadeleri de kullanılabilir.³¹ Doktrinde de “zarara doğrudan uğrayan kimse ve yansımaya yoluyla uğrayan kimse” ayrımı yapılmaktadır.³² Bu kapsamda yansımaya yoluyla zarara uğrayan kimseyi doğrudan zarar gören olarak değil, dolayısıyla zarar gören olarak değerlendirmek gerekir³³. Örneğin davalı idarece yapılan soruşturma neticesinde

nünde bkz. Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 566. Yansımaya zararı dolaylı zarardan ayıran şey, zarar veren davranış sebebiyle birbirinden farklı kişilerin zarar görmesidir. O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1,2, Seçkin, 2. baskı, Ankara 2019, s. 151.

³⁰ Danıştay 8. D, E. 2020/1977, K. 2022/4234, T. 17.06.2022 (Yayınlanmamıştır).

³¹ Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 20. baskı, Ankara 2016, s. 308. Ceza hukukunda bir suçun üzerinde işlendiği gerçek kişi suçun mağduru iken, bu suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaati doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilenler “suçtan zarar gören” olarak ifade edilmektedir. Örneğin kasten öldürme suçunda suçun mağduru öldürülen kişiyken, ölen kişinin mirasçıları suçtan zarar görendir. Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, 7. baskı, Ankara 2013, s. 283. “Suçtan zarar gören, suçtan ötürü tazminat isteme hakkına sahip olan kimse veya kimselerdir.” Bunun yanında yaralama suçunda olduğu gibi bazen suçun mağduru ile suçtan zarar gören kavramları çakışmaktadır. Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Savaş Kitap, US-A Yayıncılık, 12. baskı, Ankara 2019, s. 208.

³² Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 566. Özel hukukta ağır bedensel zarar halinde yakınların manevi zararlarının doğrudan doğruya zarar olarak değerlendiren kararlar ve görüşler de bulunmaktadır. Bu konuda, E. 2004/8414, K. 2005/6326 sayılı ve 16.06.2005 tarihli Yargıtay 11. HD kararının detaylı incelemesi ve doktrindeki diğer değerlendirmeler için bkz. Elif Ayan Durhan, “Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talep Edip Edemeyeceği Sorununa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *Karar İncelemeleri Dergisi*, Haziran- Aralık 2022, C. I, S. 1-2, 383-400.

³³ Türk ve İsviçre Borçlar Hukukunda yansımaya yoluyla zarar görenin, doğrudan zarar görenden ayrılması için, yansımaya zarara uğrayana “dolaylı zarar gören” de-

hakkında suç duyurusunda bulunulan ve “resmî belgede sahtecilik, zimmet” suçunu işlediği iddiası ile hakkında kamu davası açılan ve beraat eden davacının, hakkındaki asılsız isnatlara idarenin eksik ve hatalı soruşturma raporunun neden olduğu iddiasıyla açmış olduğu maddi ve manevi tazminat talepli davada, davacının uğradığı zarar doğrudan zarar iken, davacının eşinin uğramış olduğu zarar yansımaya bir zarardır. Danıştay da bir kararında bu şekilde ortaya çıkan hizmet kusuru nedeniyle davacının eşini, “dolaylı zarara uğrayan” olarak ifade etmiştir.³⁴ Görüldüğü üzere Danıştay davacının eşi doğrudan zarar doğurucu fiillere maruz kalmadığı için isabetli bir şekilde dolaylı zarara uğrayan ifadesini kullanmıştır. Kararda açıkça ifade edilmemiş olsa da dolaylı zarara uğrayan kişinin uğradığı zarar yansımaya zarardır. Elbette daha sonra üzerinde durulacağı üzere yansımaya zarar, ancak bazı koşulların varlığı halinde sorumluluğun konusunu oluşturacaktır.

Uygulamada yansımaya zarar kavramının dolaylı zarar kavramı ile karıştırıldığını görmekteyiz. Öyle ki bazı hukuki düzenlemelerde dahi iki kavram birbiri ile iç içe geçmiş bir şekilde ve tutarsız olarak kullanılmaktadır. Örneğin, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları³⁵ A.6 maddesinin (k) bendi uyarınca; “Gelir kaybı, kâr kaybı, iş durması ve kira mahrumiyeti gibi zarar verici olguya bağlı olarak oluşan yansımaya veya dolaylı zararlar nedeniyle yöneltilecek tazminat talepleri” teminat dışında kalan hallerden biri olarak zikredilmiştir. Gelir kaybı, kar kaybı, kira mahrumiyeti gibi zararlar özünde asıl zarara bağlı olarak ve onu takip edecek şekilde ortaya çıkan dolaylı zararlardır. Oysa genel şartlarda bunlar yansımaya veya dolaylı zararlar olacak şekilde iç içe geçmiş biçimde ifade edilmiştir. Daha önce de

nilmektedir. Murat Topuz, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, Seçkin, 3. baskı, Ankara 2023, s. 122.

³⁴ “Dava, davalı idarece yapılan soruşturma neticesinde hakkında suç duyurusunda bulunulan ve “resmî belgede sahtecilik, zimmet” suçunu işlediği iddiası ile hakkında kamu davası açılan, yapılan yargılama neticesinde beraat eden davacının, hakkındaki asılsız isnatlara idarenin eksik ve hatalı soruşturma raporunun neden olduğu ve olayda hizmet kusuru olduğu iddiasıyla, kendisi için ...TL, bu işlerden dolaylı zarara uğrayan eşi için ...TL olmak üzere toplamda ...TL manevi tazminat ... ödenmesi istemiyle açılmıştır.” Danıştay 16. D, E. 2015/8428, K. 2015/649, T. 11.03.2015 (Yayınlanmamıştır).

³⁵ RG. 14.05.2015-29355.

yer vermiş olduğumuz 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 92. maddesinde bu zarar türleri dolaylı zarar olarak ifade edilmiş, yansıma zarar kavramı kullanılmamıştır. Doktrinde ise yansıma zararın dolaylı zarar kavramı ile eş anlamlı olarak kullanıldığı görülebilmektedir.³⁶

Yansıma zarar kavramı, kapatılan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM)³⁷ kararlarında sıkça kullanılmıştır. AYİM, askerlik hizmeti sırasında bir başka arkadaşı tarafından silahla yaralanarak sakat kalan uzman çavuşun eş ve çocuğunun manevi tazminat taleplerine ilişkin olarak³⁸, teröristlerce kaçırılan ve uzun süre serbest bırakılmayan kişinin anne, baba ve kardeşlerinin yapmış olduğu manevi tazminat talebine ilişkin olarak³⁹, davacı babanın, oğlunun Kuleli Askeri Lisesinden haksız olarak çıkarıldığı gerekçesiyle manevi tazminat istemine ilişkin olarak⁴⁰, hukuka aykırılığı sabit bir tasarrufla GATA öğretim üyeliği görevinden alınarak Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Karargahındaki bir idari göreve ataması yapılmak suretiyle yaklaşık bir yıla yakın bir süre zarfında bu idari görevde istihdam edilmesi nedeniyle kendisi ile beraber eşi ve çocuklarının manevi tazminat taleplerine ilişkin olarak⁴¹, *“doğrudan doğruya değil yansıma yoluyla oluşan bir zarardır”* değerlendirmesini yapmıştır. Yargı merci tarafından yapılan yansıma zarar tespiti doğrudur, zira bu örneklerde, haksızlık teşkil eden fiile ilk elden maruz kalan kişinin değil, bu kişinin dışındaki kimselerin uğradıkları zararların tazmini talep edilmektedir. Bununla birlikte AYİM'in söz konusu zararların *“doğrudan doğruya zarar”* olmadığı yolundaki ifadesi, yansıma zararı dolaylı zararın bir türü olarak değerlendirdiği yönünde bir izlenime neden olmaktadır.

AYİM bir diğer kararında ise, bölücü örgüt mensupları ile çıkan çatışma sonucu vurularak boynundan aşağısı felç kalan davacı erin, vücut fonksiyon kayıp oranının %100 olması sebebiyle eşinin manevi

³⁶ Bkz. Gözler, C. II, s. 1311-1312.

³⁷ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 11.02.2017-29976.

³⁸ AYİM 2. D, E. 2003/856, K. 2004/662, T. 29.09.2004 (Kazancı).

³⁹ AYİM 2. D, E. 1998/482, K. 1998/88, T. 11.02.1998, Nakleden; Atay/Odabaşı, s. 864-865.

⁴⁰ AYİM 2. D, E. 2004/155, K. 2004/735, T. 13.10.2004 (Kazancı).

⁴¹ AYİM 1. D, E. 1996/754, K. 1996/1037, T. 10.12.1996 (Kazancı).

tazminat talebine ilişkin olarak; “evli kadının manevi zararları, duyacağı üzüntü, mahrum kalacağı şeyler, yansıma suretiyle oluşan zararlar değil doğrudan doğruya maruz kaldığı zararlardır”⁴² diyerek, vücut fonksiyon kaybı %100 olan bir kişinin eşinin görmüş olduğu zararı yansıma zarar olarak kabul etmemiştir. Gerekçe olarak da bu somut olaydaki zararın dolaylı zarar olmadığı gösterilmiştir. Mahkemenin bu kararda dolaylı zarar olmadığı yönündeki yorumu doğru olmakla beraber, yansıma zarar olmadığı yolundaki değerlendirmesi hatalıdır. Oysaki somut olaydaki zarar bir yansıma zarardır. AYİM, ana-baba gibi yakınardan birinin vücut bütünlüğünde meydana gelen zararın çok yoğun olması hallerinde, bu şahısların da ruhsal ve zihinsel bütünlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle manevi tazminata hükmedebileceği, bu durumda oluşan zarar ile eylem arasında uygun illiyet bağı bulunduğundan, yansıma yoluyla değil doğrudan doğruya zarara uğramanın söz konusu olacağını değerlendirmiştir.⁴³ Oysa yansıma zarar halinde de uygun illiyet bağı kurulmakta ve somut olayda meydana gelen zarar, yansıma zararı oluşturmaktadır.⁴⁴

Bazı yargı kararlarında ise yansıma zarar kavramı kullanılmadan TBK'nın 56. maddesinin 2. fıkrası gereğince ağır bedensel zarara maruz kalanların yakınlarının görmüş olduğu manevi zararların tazminine karar verilmektedir. Polis memurunun eylemi ile gözünden yaralanarak bir gözündeki görme yeteneğini kaybeden yirmi yaşındaki

⁴² AYİM 2. D, E. 1995/78, K. 1996/1059, T. 13.11.2006 (Kazancı).

⁴³ AYİM 2. D, E. 2011/1065, K. 2012/34, T. 18.01.2012 (Yayınlanmamıştır); AYİM 2. D, E. 2011/703, K. 2012/116, T. 08.02.2013 (Yayınlanmamıştır). Başka bir kararda da AYİM, jandarma er olarak vatani görevini yapmakta olan bir kişinin nöbet sırasında başka bir erin silahından çıkan kurşunla yaralandığı olayla ilgili olarak, yaralanan erin babasının olay nedeniyle doğrudan bir zarara uğramadığı, erin zarar görmesine bağlı olarak yansıma zarara uğradığını değerlendirmiştir. AYİM, 2. D, E. 2014/494, K. 2016/769, T. 20.03.2016 (Yayınlanmamıştır).

⁴⁴ “Ağır bedensel zarar halinde yakınların uğradığı manevi zarar yansıma zarar olarak kabul edilmelidir. Çünkü bu durumda zarar doğrudan doğruya zarar görenin şahsında gerçekleşmemekte; aksine zarar gören dışında üçüncü bir kişi ona yakınlığı dolayısıyla zarara uğramaktadır. Gerçekten üçüncü kişi, zarar gören ile arasında duygusal bir yakınlık olduğu için onun bedensel bütünlüğünün ağır bir şekilde ihlal edilmesinden dolayı acı ve üzüntü duymakta, ruh sağlığı bu durumdan olumsuz etkilenmektedir. Dolayısıyla failin davranışı ile üçüncü kişinin uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağının mevcut olduğu söylenebilir.” Ayan Durhan, s. 393.

gencin anne, baba ve kardeşleri için ayrı ayrı hükmedilmiş olan manevi tazminat, özünde bir yansıma zarar olarak karşımıza çıkmakla beraber yargı kararında bu kavram açıkça kullanılmamıştır.⁴⁵

C. Yansıma Zararın İdarenin Sorumluluğundaki Yeri

Özel hukukta haksız fiil sorumluluğunda kural olarak yansıma zararların sorumluluk kapsamında olmadığı ancak kanunda öngörülen istisnalar ile sınırlı olarak sorumluluk kapsamı içinde değerlendirilebildiği ifade edilmektedir⁴⁶. Bu haliyle yansıma zarar kavramı “sorumluluğu genişleten”⁴⁷ bir kavram olarak değerlendirilmiştir.

Peki yansıma zararlar idarenin sorumluluğu kapsamı içerisinde değerlendirilecek midir? Yansıma zararda, zarar ile zarara neden olan fiil arasında uygun illiyet bağı kurulmaktadır. Bununla birlikte yansıma zararlar, eylemin yöneldiği kişinin üzerinde değil üçüncü kişiler üzerinde sonuç doğurduğundan⁴⁸, sorumluluğun sınırlandırılması gerektiği ve ancak belli koşulların varlığı halinde sorumluluğun doğacağı kabul edilmelidir. Aksi halde idarenin sorumluluğu olması gerekenin ötesinde genişletilmiş olacak ve bu durum sebepsiz zenginleşmeye neden olabilecektir. Yansıma zararlardan idarenin sorumluluğunun sınırlandırılmasını idarenin kusursuz so-

⁴⁵ Danıştay İDDK, E. 2021/3012, K. 2022/1655, T. 27.04.2022 (Lexpera). Benzer şekilde İl Jandarma Komutanlığı emrinde mayın/bomba sorumlusu olarak görev yapmakta iken, terör örgütü mensuplarınca yapılan saldırı sonucunda yaralanan kişinin, “TSK’da görev yapamaz. Yaşamak için bir başkasının yardım ve desteği ile sürdürebilecek şekilde maluldür.” raporu üzerine eşi tarafından manevi tazminat talebiyle açılan davada ilk derece mahkemesince eşin, meslekte çalışma gücünü %100 oranında kaybederek bakıcıya muhtaç hale geldiği ve ağır bedensel zarara uğradığı anlaşıldığından Borçlar Kanunu’nun 56. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca çektiği acı ve ıstırapları kısmen de olsa karşılayabilmek için manevi tazminata hükmedilmiş ve kararın manevi tazminata ilişkin kısmı Danıştay tarafından onanmıştır. Danıştay 10. D, E. 2017/2448, K. 2021/6577, T. 21.12.2021 (Yayınlanmamıştır). Burada eşin uğramış olduğu zarar tipik bir yansıma zarar olmakla birlikte kararda bu kavrama açıkça yer verilmemiştir.

⁴⁶ Ahmet Kılıçoğlu, s. 315.

⁴⁷ Cüneyt Arif Yılmaz, “Yansıma Zararlar ve Türk Hukukunda Yansıma Zararların Geçmişten Günümüze Tazmin Edilebilirliği”, *Fides Law Review*, 2021, S. 3, Y. 4, 17-46, s. 19.

⁴⁸ “İllyet bağı, ilk zararın mağdurundan başka kişileri etkilediği hallerde yansıma zarardan söz edilir.” Topuz, s. 123.

rumluluğunun sınırlandırılmasına benzetebiliriz. İdarenin kusursuz sorumluluğunda, ortaya çıkan zararın idarece tazmin edilebilmesi için, zararın özel ve olağanüstü olması gerektiği kabul edilir⁴⁹ ve bunun nedeni de idarenin kusuru bulunmadan neden olduğu her türden zararı tazmin etmesinin kendisinden beklemenin mümkün olmamasıdır. Bu sebeple idarenin kusursuz sorumluluğunda ortaya çıkan zararların idarece tazmini konusuna bir sınırlama getirmek gerekmiştir.

Benzer şekilde yansıma zararlardan sorumlulukta da bir sınır getirilmesi gerekmektedir. Zira yansıma zararda, idarenin faaliyetinin yöneldiği kişide değil, üçüncü kişilerde ortaya çıkan bir zarar söz konusudur. Bu halde idarenin sorumluluk alanı şüphesiz genişlemektedir. Bununla birlikte genişleyen bu sorumluluk alanına bir sınırlama getirmek zorunluluğu da ortaya çıkmaktadır. Çünkü idarenin faaliyeti nedeniyle üçüncü kişilerde ortaya çıkan her türden zararın idarece tazmin edilmesini beklemek mümkün değildir. Zira idarenin faaliyeti esasen üçüncü kişilere yönelmemekte, burada özel *bir zarar* gündeme gelmektedir. O halde yansıma zararın idarece tazmin edilebilmesi için bazı özel koşulların bir araya gelmesini beklemek ve idarenin sorumluluğuna hukuki bir sınır çizerek, genişleyen sorumluluk alanının kapsamını belirlemek gerekmektedir.

Bu kapsamda yansıma zararların idarenin sorumluluğu kapsamında değerlendirilebileceğini ve fakat bu sorumluluğa bir sınır çizilerek, yansıma zararların ancak belli koşullar altında idarenin sorumluluğunu doğuracağını ifade etmek gerekir. Yansıma zararın tazmin edilebilmesi için varlığı gerekli olan koşullardan en önemlisi ise yasa ile öngörülmüş olmasıdır. Dolayısıyla yasa ile öngörülmeyen hallerde yansıma zararın tazmin edilmemesi gerekmektedir.

III. YANSIMA ZARARIN TAZMİN EDİLME KOŞULLARI

Yansıma zararın tazmin edilebilmesi için bazı koşulların bulunması gereklidir. Bu koşullar; üçüncü kişinin zararı, doğrudan mağdur olan kişinin zarar görmesi, yansıma zararın tazmin edilmesi yönünde

⁴⁹ “Zararın özel olması, toplumun yalnızca bazı bireyleri açısından meydana gelmesini; olağanüstü olması ise zararın önemli bir seviyeye ulaşmasını ifade eder.” Akylmaz/Sezginer/Kaya, s. 610.

bir yasal düzenlemenin bulunması ve fiil ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının bulunmasıdır.

1. Üçüncü Kişinin Zarar Görmesi (Dolaylı Mağdur)

Yansıma zarar, zarar doğuran fiile maruz kalan kişinin değil, zarar veren kişinin ve zarar verici fiile maruz kalan kişinin dışında bir üçüncü kişinin zarar görmesidir. Bu sebeple zarar verici eylemin yöneldiği kişinin dışında bir başkasının zarar görmemesi halinde yansıma zarar da bulunmayacaktır. Başka bir ifadeyle zararı doğuran işlem veya eylemin yöneldiği asıl mağdurun dışında, eylemin etkisini doğurduğu üçüncü bir kişinin varlığı, yansıma zararın doğduğunun kabul edilebilmesi için gereken bir koşuldur. Yansıma zararda dolaylı bir zarar değil, dolaylı bir mağdur bulunmaktadır.⁵⁰ Çünkü yansıma zarara uğrayan kişi, zarar verici eyleme bizzat maruz kalmamaktadır.

Danıştay yukarıda da bahsi geçen bir kararında yansıma zararı hukuka aykırı fiilin muhatabı olan kişiden başka bir kimsenin bu fiil nedeniyle uğradığı zarar olarak tanımladıktan sonra, kardeşinin boğularak vefat etmesi nedeniyle davacının açtığı manevi tazminat davasına konu zararın yansıma zarar niteliğinde olduğunu vurgulamıştır.⁵¹

Bazı yargı kararlarında ise fiilin muhatabı olan kişide gerçekleşen zararlar yansıma zarar olarak ifade edilmiştir. AYİM tarafından öğrencilik statüsünün bir süreliğine kaybı nedeniyle istenebilecek maddi zararların, davacının farazi veya yansıma zararlarını kapsamayacağı yönündeki kararında, yansıma zarar sanki davacının uğradığı bir zarar gibi değerlendirilmiştir.⁵² Bununla birlikte başka bir kararında ise yerinde olarak, “zarara uğrayanların yakınlarının yansıma yoluyla uğ-

⁵⁰ Çağlar Özel, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, *AÜHFD*, 2001, C. 50, S. 4, 81-106, s. 87.

⁵¹ Danıştay 8. D, E. 2020/1977, K. 2022/4234, T. 17.06.2022 (Yayınlanmamıştır).

⁵² “Öğrencilik statüsünün bir süreliğine kaybı nedeniyle istenebilecek maddi zararlar, işleme sıkı sıkıya bağlı olan gerçek zararlardır (ilişik kesme nedeniyle okuldan ikametine gidiş, ikametinden okula dönüş için kullanılan otobüs biletleri gibi). İdarenin iptal edilen işlemi nedeniyle, davacının TSK’da görevine devam ettiği sürece geleceğe ait her türlü zararını (farazi zararlar, yansıma zararlar gibi) karşılama yükümlülüğü bulunmamaktadır.” AYİM, E. 2008/2388, K. 2009/370, T. 25.03.2009 (Yayınlanmamıştır); AYİM 2. D, E. 2008/999, K. 2009/448, T. 15.04.2009 (Yayınlanmamıştır); AYİM, 2. D, E. 2008/1022, K. 2009/353, T. 25.03.2009 (Yayınlanmamıştır).

radıkları zararların karşılanması” diyerek, yansımaya zararın üçüncü bir kişide gerçekleşen zarar olduğu kabulünden hareket etmiştir.⁵³

Yansımaya zarara uğrayan kişinin, zarara sebep olan fiilin aslında yöneldiği kişi ile önceden kurulmuş bir yakınlığının bulunması gerekir. Bu yakınlık evlilik ilişkisinden, ana-babalık ya da kardeşlik gibi ailevi bir ilişkiden veya başka bir ilişkiden de kaynaklanabilir. Bu kapsamda yansımaya zarardan bahsedebilmek için akrabalık veya mirasçılık ilişkisinin bulunması şart değildir.⁵⁴ Önemli olan asıl zarara uğrayan ile yansımaya zarara uğrayan arasında yoğun ve düzenli bir ilişkinin bulunmasıdır.⁵⁵ Yakınlık kavramının genel bir tanımı bulunmadığından yakınlık ilişkisi her somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak belirlenmelidir.⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yakınlık kavramı ile hukuksal bağ veya kan bağı anlamakta; evli eşleri, evli olmayan eşleri, ebeveynleri, kardeşleri, çocukları ve hatta yeğenleri yakınlık kavramı içinde değerlendirmektedir. Bu kapsamda Mahkeme, yakınlık kavramını “kişiler arasındaki ilişkinin fiili yakınlığını” esas alarak belirlemektedir.⁵⁷

⁵³ AYİM 2. D, E. 2011/1606, K. 2013/821, T. 03.07.2013 (Yayınlanmamıştır).

⁵⁴ Yansımaya zararda ölenin destek sağladığının ispatlanması halinde üçüncü kişilerin kendi adlarına hak ihlalinin gerçekleşmiş olacağının kabul edildiği yönünde, Zehreddin Aslan/ İrfan Barlas/Kahraman Berk ve Diğerleri, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Vergi Yargılaması Dahil) (Ed. Zehreddin Aslan), Seçkin, 3. baskı, Ankara 2022, s. 121. Danıştay’ın bir kararında tetkik hâkimi bu konuyu şu şekilde vurgulamıştır: “Kanun yansımaya yoluyla manevi tazminat talebini iki şarta bağlamıştır: Bunlardan birincisi, zarar gören kişinin “ağır bedensel zarara” uğraması, ikincisi ise tazminat talebinde bulunacak kişilerin zarar görenin “yakını” olması şartıdır. Kişinin yakınları kavramı ise, doğrudan zarara uğrayan kişinin ana, baba, karı, koca ve çocukları gibi kişinin çok yakınları ile sınırlı tutulmayıp, aile kavramından ve hısımlık ilişkisinin derecesinden bağımsız olarak, ağır bedensel zarara uğrayan kişi ile düzenli ve yoğun ilişkinin varlığı önem taşımaktadır.” Buna göre ağır bedensel zarara uğrayan kişi ile yansımaya yoluyla zarara uğrayan kişi arasında “eylemli ve gerçek bir bağ” bulunması gerekmektedir. Danıştay 10. D, E. 2016/13668, K. 2019/2798, T. 10/04/2019 (Yayımlanmamış).

⁵⁵ Antalya, s. 262.

⁵⁶ Tolga Şirin, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi, 2018, s. 40.

⁵⁷ Şirin, s. 40. Mahkeme, doğrudan mağdur ile arasında bu neviden fiili yakınlığı bulunan kişileri dolaylı mağdur olarak değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi de yakın akraba ve eşleri dolaylı mağdur olarak görme eğilimindedir. AYM, Selman Kapan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No. 2013/7302, T. 20.04.2016, Nakleden; Şirin, s. 40, 114 nolu dipnot.

2. Doğrudan Mağdur Olan Kişinin Zarar Görmesi

Yansıma zarar, doğrudan mağdur olan kişinin zarar görmesi şartına bağlı bir zarardır. Zarar doğurucu eylemin yöneldiği kişinin bir zarara uğramaması halinde, bir başkasının zarar görmesinden, dolaşısıyla yansıma zarardan da söz edilemeyecektir.⁵⁸ Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, yansıma zararda, zarar doğurucu eylemin sonucunun bir yansıması vardır. Eylemin yöneldiği kişi üzerinde doğurmuş olduğu bir sonuç yok ise, sonucun bir başkasına yansıması da olmayacaktır.

İleride inceleneceği üzere yansıma zararın iki türü olan destekten yoksun kalma tazminatında ve ağır bedensel zarar veya ölüm halinde yakınların manevi tazminata hak kazanması hallerinde doğrudan mağdur bir zarara uğramıştır. Bu zarar ölüm veya ağır bedensel zarar olarak karşımıza çıkmaktadır.

3. Yasal Düzenlemenin Varlığı

Özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğunda yansıma zararın kural olarak sorumluluk kapsamında kabul edilmeyeceği⁵⁹, haksız fiilin yöneldiği kişinin dışında üçüncü kişilerin zarar görmesi halinde bu kişilerin tazminat talep etme haklarının bulunmadığı kabul edilir.⁶⁰ Bununla birlikte bu kural mutlak olmayıp, yasal bir düzenlemenin varlığı halinde yansıma zararın tazmini de mümkündür.⁶¹ O halde zarar verici eylemin yöneldiği kişi dışındaki başka bir kişinin zarar görmesi halinde ortaya çıkacak olan yansıma zararın tazmin edilebilmesi için, bunun bir yasal düzenleme ile öngörülmüş olması gereklidir.⁶² Aksi halde zarara sebep olan kişi, yansıma zararların tazmin edilmesinden sorumlu kabul edilmez.

Yasal düzenlemeler gereğince tazmini gereken yansıma zararlar ise 6098 sayılı TBK'nın 53. maddesi gereğince, destekten yoksun kalma tazminatı ve yine TBK'nın 56. maddesinin 2. fıkrası gereğince, ağır be-

⁵⁸ Kumru Kılıçoğlu, *Yansıma Yoluyla Zarar*, Turhan Kitabevi, 1. baskı, Ankara 2012, s. 25.

⁵⁹ Ahmet Kılıçoğlu, s. 317.

⁶⁰ Şaban Kayıhan/ Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, 6. baskı, Ankara 2018, s. 253.

⁶¹ Kayıhan/Ünlütepe, s. 254.

⁶² Kumru Kılıçoğlu, s. 28; Antalya, s. 152.

densel zarar veya ölüm halinde, ölenin veya ağır bedensel zarara uğrayanın yakınlarının gördüğü manevi acı sebebiyle meydana gelecek olan manevi tazminattır. Bu iki tazminat şeklini idarenin sorumluluğu kapsamında ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

4. İlliyet bağı

Genel olarak illiyet bağı, idarenin sorumluluğunun şartları arasında yer almaktadır.⁶³ Buna göre idarenin bir zarardan sorumlu olabilmesi için zararın idarenin davranışının sonucu olması gerekmektedir.

Yansıma zararın da tazmin edilebilmesi için illiyet bağının varlığı aranmaktadır.⁶⁴ Yansıma zararda illiyet bağı, idarenin zarar doğurucu fiili ile fiilin doğrudan muhatabı olmayan üçüncü kişinin görmüş olduğu zarar arasında bir sebep sonuç ilişkisinin var olmasıdır.

İdarenin sorumluluğu için varlığı gerekli olan illiyet bağı, doğrudan illiyet bağı şeklinde olmalıdır.⁶⁵ Doğrudan illiyet bağı, zararın idarenin fiilinin doğrudan bir sonucu olması anlamına gelmektedir.⁶⁶ Dolayısıyla idare, fiilinin doğrudan sonucu olmayan zararların muhatabı olarak kabul edilmeyecektir.

İdarenin sorumluluğuna sebep olabilecek illiyet bağı için uygun illiyet bağı teorisi kabul edilmektedir.⁶⁷ Uygun illiyet bağı, somut olayın özellikleri, genel hayat tecrübesi ve hayatın normal akışı içerisinde fiilin zararı kısmen veya tamamen ortaya çıkarmaya müsait olması anlamına gelmektedir.⁶⁸ İdarenin zarardan sorumlu olabilmesi için illiyet bağını kesen sebeplerin de var olmaması gerekir. İlliyet bağının

⁶³ Sosyal risk ilkesinin uygulandığı durumlar hariç. Zira sosyal risk ilkesinde idarenin faaliyeti ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı aranmamaktadır.

⁶⁴ Özel hukukta yansıma zarardan failin sorumlu tutulabilmesi için, hem zararlar fiil arasında uygun illiyet bağı bulunması hem de hukuka aykırılık bağı bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Oğuzman/Öz, s. 44; Seda İrem Çakırca, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 2013, C. 8, S. Özel, 785-807, s. 787.

⁶⁵ Gözler, C. II, s. 1338-1339.

⁶⁶ Gözler, C. II, s. 1339.

⁶⁷ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 625. Eren'e göre de uygun illiyet bağı, gerçekleşen sonucu hayatın normal akışına göre meydana getirmeye elverişli olan veya sonucun gerçekleşme ihtimalini artıran zorunlu şart ile söz konusu sonuç arasındaki bağıdır. Eren, s. 565.

⁶⁸ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 625.

kısmen kesilmesi durumunda idare, ortaya çıkan zararın sebep olduğu kadarından sorumlu olacaktır. İliyet bağının mücbir sebep, zarar görenin kusuru gibi sebeplerle tamamen kesilmesi durumunda ise ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulamayacaktır.

Yansıma zararda da zarar, idarenin fiilinin doğrudan bir sonucu olarak ortaya çıkmakta ve zarar ile idarenin fiili arasında uygun illiyet bağı bulunmaktadır. İdarenin sorumluluğu için gerekli olan uygun illiyet bağı ve illiyet bağını etkileyen sebepler, idarenin sorumluluğuna ilişkin genel esaslar çerçevesinde dikkate alınmalıdır⁶⁹.

IV. İDARENİN SORUMLULUĞUNDA TAZMİNİ GEREKEN YANSIMA ZARAR TÜRLERİ

İdarenin sorumluluğunda sorumluluğun konusu maddi zarar olabileceği gibi, manevi zarar da olabilir. Yansıma zarar da maddi veya manevi zarar şeklinde gerçekleşebilmektedir.⁷⁰ Bu kapsamda biz de, idarenin sorumluluğunun konusu olan yansıma zararı, maddi zarar ve manevi zarar şeklinde ikiye ayırarak inceleyeceğiz.

Daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi yansıma zararın tazmin edilebilmesi için yasal bir düzenlemenin varlığı gerekmektedir. İdare hukukunda bu hususa ilişkin bir düzenleme bulunmadığı için ve TBK'nın 55. maddesinin 2. fıkrasındaki hüküm gereğince idarenin sorumluluğunun konusunu oluşturan yansıma zarar türlerinin tespitinde de TBK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.⁷¹

⁶⁹ Örneğin, yansıma zararda haksız fiile doğrudan maruz kalan kişinin bu zararın oluşmasında kusuru bulunuyorsa, yansıma zarara uğrayan kişinin zararı tazmin edilirken bu hususun göz önünde bulundurulması gerekir. Topuz, s. 124.

⁷⁰ "Manevi zararların da idari bir faaliyetin muhatabı dışındaki üçüncü kişiler üzerinde doğması mümkündür. Bu ihtimal de daha çok idari eylemler sonucunda kişinin hayatını kaybetmesi durumunda ortaya çıkmaktaysa da, idari faaliyetler sonucunda bedensel, malvarlıksal ya da şahıs varlığına yönelik zarara uğranılması durumunda da karşılaşılabilmektedir." Aslan/Barlas/Berk ve Diğerleri, s. 122.

⁷¹ Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri idarenin işlem veya eyleminin sebep olduğu vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi veya kişinin ölümüne bağlı zararların tazminine ilişkin davalarda da uygulanır. Sancakdar/Önüt, s. 328.

A. Yansıma Yoluyla Meydana Gelen Maddi Zarar: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

TBK'nın 53. maddesinde, ölüm hâlinde uğranılan zararlar şu şekilde sayılmıştır: 1. Cenaze giderleri, 2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve 3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar. Görüldüğü üzere destekten yoksun kalma tazminatı, ölüm halinde tazmini gerekli olan maddi zararlar arasında sayılmıştır. Bu kapsamda idarenin fiili sonucunda desteğin ölümü halinde idare, destekten yoksun kalma tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır.

Ölen kişi hayatta iken bazı kişilere kısmen veya tamamen maddi destek sağlayabilir veya ölüm olayı gerçekleşmeseydi ölen kişinin ileride bazı kişilere maddi destek olması muhtemel olabilir. Bu iki durumda da ölenin desteğinden yoksun kalanlar, yoksun kaldıkları miktarın tazminini tam yargı davası ile talep edebilirler.⁷² Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, desteğin ölümünden idarenin sorumlu olması halinde idarenin sorumluluğunun kapsamına destekten yoksun kalma tazminatı da dâhil olacaktır.

Danıştay'a göre; *"Destekten yoksun kalma tazminatının amacı; desteğini yitiren kimsenin, ölümünden önce bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin devamını sağlayacak yardımın karşılığı olan paranın ödettirilmesidir. Dolayısıyla, destekten yoksunluk zararı, ölüm olayı olmasaydı desteğin yapacağı varsayılan yardım tutarı geleceğe yönelik olarak belirlenmek suretiyle hesaplanmaktadır. Başka bir anlatımla, destekten yoksun kalma tazminatıyla, ölenin (desteğin) gelecekte elde etmesi muhtemel gelirinin güncelleştirilerek, destekten yoksun kalanın, ölüm olayından önceki sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin devamını sağlayacak gelire kavuşturulması amaçlanmaktadır./Bilindiği üzere, destekten yoksun kalma tazminatı, desteğini kaybeden kimseye, diğer bir deyimle ölen kimsenin yakınlarına, ölüm olayından önceki sosyal ve ekonomik düzeyinin devamını sağlayacak bir miktar para ödenmesini ifade etmektedir."*⁷³

Görüleceği üzere destekten yoksun kalma tazminatının sorumluluk konusu olabilmesi için zarar, zarar doğurucu fiilin yöneldiği kişi-

⁷² Esin, s. 442- 443.

⁷³ Danıştay 10. D, E. 2009/9938, K. 2014/1117, T. 25.02.2014 (Kazancı).

nin dışındaki bir şahısta meydana gelmektedir. Bu sebeple de destekten yoksun kalmak yansıma zarar olarak kabul edilmekte ve TBK'nın 53. maddesinin açık ifadesi sonucunda tazminat konusu olabilmektedir.

B. Yansıma Yoluyla Meydana Gelen Manevi Zarar: Ölenin veya Ağır Bedensel Zarar Görenin Yakınları İçin Manevi Tazminat

Manevi zarar, ölümden, bedensel bütünlüğe yapılan saldırılardan veya kişilik haklarına yapılan saldırılardan kaynaklanabilir ve bu halde manevi tazminat gündeme gelir. Manevi tazminat, maddi tazminattan tamamen bağımsız bir tazminat türü olup, manevi zararın tazmininin talep edilebilmesi için, bazen maddi bir zararın oluşması dahi gerekmez.

TBK'nın 56. maddesinin 2. fıkrasında, *"Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir."* hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ile kanun koyucu kişilik haklarına yapılan saldırı sonucunda oluşan manevi zararı, tazmini gereken yansıma zarar olarak düzenlememiştir. Yani bir kişiye yapılan kişilik haklarına saldırı sebebiyle saldırının yöneldiği kişinin uğramış olduğu manevi zarar tazmin sorumluluğu kapsamında olacak, ancak saldırının muhatabı olan kişinin yakınlarının uğramış olduğu zarar, tazmin kapsamı içerisinde değerlendirilmeyecektir.

TBK'nın 56. maddesinin 2. fıkrasında iki durum düzenleme altına alınmıştır. Birincisi ölüm nedeniyle manevi tazminat almaya hakkı olanlar; ikincisi ağır bedensel zarar nedeniyle tazminat almaya hakkı olanlardır. Bu düzenlemeye göre hem ölüm halinde hem de ağır bedensel zarar halinde manevi tazminat almaya hakkı olanlar ölenin veya ağır bedensel zarara maruz kalanların yakınları olarak tespit edilmiştir. Ölenin veya ağır bedensel zarara maruz kalanların yakınlarının bu olaylar neticesinde duymuş oldukları manevi acı, bir yansıma zarar olarak kabul edilmektedir. Çünkü hem ölüm olayında hem de ağır bedensel zarar halinde, eylemin yöneldiği kişinin dışında bir başka kişi manevi zarara uğrayan olarak karşımıza çıkmaktadır. TBK'nın 56. maddesinin 2. fıkrasının açık hükmü sebebiyle bu yansıma zararın da tazmini gerekecektir.

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun yürürlükteki 6098 sayılı TBK'nın 56. maddesine karşılık gelen 47. maddesinde ise, sadece bedensel zarara maruz kalan kişi lehine ve ancak ölüm halinde ölenin yakınları lehine manevi tazminata hükmedilebileceği düzenlenmiş idi. Bu sebeple daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bedensel zarar halinde zarar görenin yakınlarının uğramış oldukları manevi acı, yansıma yoluyla zarar olduğu için ve yansıma zararlar da ancak yasal bir hükmün varlığı halinde tazminat sorumluluğunun konusu olabileceğinden, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu süre zarfında bedensel zarar görenin yakınlarının manevi zararı tazminat sorumluluğunu gerektirmeyebilirdi.⁷⁴ Ancak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu bu dönemde dahi, yargı mercileri tarafından bu yansıma zararların tazmini gerektiği yönünde kararlar verildiğini de görmekteyiz.

Örneğin bir Yargıtay kararında; *"818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre manevi tazminat isteme hakkı doğrudan doğruya cismani zarara maruz kalan kişiye aittir. Yansıma yoluyla aynı eylem nedeniyle üzüntü duyanlar manevi tazminat isteyemezler. Hal böyle olunca doğrudan doğruya cismani zarara maruz kalan yalnızca maddi sağlık bütünlüğü ihlal edilen kişi midir? Zarar kavramına (B.K. 46 ve 47) ruhsal bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin girdiği bu maddelerde sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil, ruhsal ve sinirsel bütünlüğünde korunduğu doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Öyleyse, bir kişinin cismani zarara uğraması sonucunda, onun (ana, baba, karı, koca ve çocuklar gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır şekilde bozulmuşsa, onların da manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir"*⁷⁵ diyerek, bir kişinin cismani zarara uğraması halinde, bu kişinin yakınlarının da manevi tazminat talep edebileceği kabul edilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde idari yargı mercilerinde de bedensel bir zarara uğrayan kişinin yakınlarının

⁷⁴ Nitekim bu dönemde genel kabul edilen görüş, yansıma yoluyla zarara uğrayan kişilerin manevi tazminat isteyemeyeceği yönündeydi. Bkz. Ayan, s. 376.

⁷⁵ Yargıtay 21. HD, E. 2013/2058, K.2013/5677, T. 26.03.2013 (Kazancı); aynı yönde bir diğer karar için bkz; Yargıtay 21. HD, E. 2013/22505, K. 2014/2912, T. 24.02.2014 (Kazancı).

görmüş olduğu manevi zararların bazı yargı kararlarında sorumluluk kapsamında kabul edildiğini görmekteyiz. Örneğin, var olan bir nörolojik rahatsızlığına rağmen askere alınan kişinin, askerde rahatsızlığı konusunda yanlış tedavi yapılması ve geç müdahalede bulunulması sebebiyle kişide bir özrürlülük durumu meydana gelmesi üzerine, anne ve babasının manevi tazminat talebinin kabulüne karar verilmiştir. AYİM bu kararının gerekçesinde, “BK 49’uncu maddesine göre özel bir hüküm olarak öngörülen 47’nci maddesinde, manevi tazminat isteme hakkı, cismani zarara uğrayan kimseye ya da ölüm halinde ölenin ailesine düşer, hâlen uygulanmakta olan görüş gereğince, bedensel zarara uğrayanın ailesinden bulunmak bir kimseye bu yolda bir hak sağlamaz. Haksız eylem kişiye karşı işlenmiştir ve baba ile anne bu haksız eyleme göre üçüncü kişi durumundadır. Onların az ya da çok bir üzüntü duyması karşısında manevi tazminata hükmedilmesine tazminat hukuku kuralları engeldir. Ancak kişiyi cismani zarara uğratan olay, aynı zamanda onun yakınlarının da doğrudan doğruya zarara uğramalarına neden olmuşsa, o takdirde manevi tazminat istemeleri mümkündür. Çünkü BK 46’nci maddesindeki cismani zarar kavramına ruhsal tamamiyetin bozulması, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi halleri girmektedir. Anne ile babanın çocuklarının geçirdiği herhangi bir kaza sonucu uzun yıllar tedavi altında tutulacak olması, yaşamlarını alt üst edecek ve büyük bir ruhsal acıya neden olacaktır. Bu durumda anne ve babanın uğradıkları manevi zarar doğrudan bir zarar olup tazmini gereklidir”⁷⁶ diyerek, Yargıtay’ın yaklaşımına benzer bir yaklaşım sergilemiştir.

AYİM’in benzer değerlendirmede bulunduğu bir diğer kararında ise, askerde iken tecavüze uğrayan kişinin anne babasının manevi tazminat talebi üzerine, “(C)ismani zarar kavramına, ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin de girdiği kabul edildiğine göre; eğer bir kimsenin cismani zarara maruz kalması sonucunda, onun anne, baba, karı, koca gibi çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır bir şekilde bozulmuş ise, bu durumda yansıma yoluyla uğranılan zararlardan değil, doğrudan doğruya uğranılan zarardan söz edilir ki; maddi olayımızda olduğu gibi cismani zarara uğrayan davacı çocuk yanında, onun çok yakını olan ve zeka geriliği nedeniyle muhtemelen bir ömür boyunca toplumda kendisiyle bir arada yaşayacak olan davacı anne ve babanın da Borçlar Kanununun 47 ve 49 ncu maddeleri uya-

⁷⁶ AYİM 2. D, E. 2009/12, K. 2010/1260, T. 03.11.2010 (Yayınlanmamıştır).

rınca tazminat talebinde bulunabileceklerinin kabulünde, hukuki zorunluluk vardır.” denilerek, ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu da cismani zarar olarak değerlendirilmiş ve anne baba yansıma yoluyla değil, doğrudan zarar gören olarak kabul edilmiştir.⁷⁷

AYİM'in bu kararlarında yakınların uğradıkları zararların yansıma zarar değil, doğrudan zarar olduğu değerlendirmesi yerinde görülmebilir. Bununla birlikte AYİM'in söz konusu zararları yansıma zarar olarak kabul etmemesinin nedeni, o dönemdeki mevcut hukuki düzenlemeler kapsamında yansıma zararların tazmininin mümkün olmamasıdır. Yakınların yansıma yoluyla uğradıkları zararların tazmin edilememesinin hakkaniyete aykırılık oluşturabileceği düşüncesinden hareketle, bu neviden zararlar doğrudan zarar olarak değerlendirilmiş ve zararların tazmini yoluna gidilmiştir.

AYİM bir diğer kararında ise tam aksine, eğitim sırasında yaralanarak genel beden gücünü %14 oranında kaybeden erin anne babası tarafından manevi tazminat talebi ile açılan davada, *“(V)ücut bütünlüğünde meydana gelen zararın yakınlarının ruhsal ve sinirsel bütünlüğünü ihlal edecek yoğunlukta olmaması nedeniyle davacı anne ve babanın uğradığı zarar yansıma yoluyla uğranılan zarardır. Dolayısıyla iş bu davada davacı anne ve baba bakımından kişisel bir menfaatin ihlalinin söz konusu olmadığı, dolayısıyla davacıların subjektif ehliyetinin bulunmaması”* sebebiyle, davanın ehliyet yokluğundan reddine karar vermiştir.⁷⁸ Yine bir diğer kararında da askerdeki eğitim sırasında rahatsızlanan; ancak geç müdahale edilmesinden dolayı %35 fonksiyon kaybına uğrayan kişinin eşinin

⁷⁷ AYİM 2. D, E. 2005/730, K. 2005/712, T. 28.09.2005 (Yayınlanmamıştır).

⁷⁸ AYİM 2. D, E. 2010/827, K. 2010/835, T. 30.06.2010 (Yayınlanmamıştır). AYİM 2. D, E. 2011/908, K. 2011/115, T. 01.02.2012 (Yayınlanmamıştır). Benzer bir diğer karara konu olayda da askerlik hizmeti sırasında verilen boya, badana işi yapılırken gerekli tedbirlerin alınmaması neticesinde düşen ve vücut fonksiyonları %90 oranında kayba uğrayarak yatalak hale gelen kişinin anne babası tarafından yapılan manevi tazminat talebi üzerine AYİM, *“Öğreti ve yargı kararlarında da cismani zarar halinde manevi tazminat isteme hakkı, doğrudan doğruya beden tamlığı ihlal edilen kişiye tanınmaktadır. Yansıma yoluyla acı duyan kişiler manevi tazminat isteyemezler. /Dava konusu olayda cismani zarar ve işgücü kaybına uğrayan Davacı...’dir. Diğer davacıların cismani bir zararları olmadığı gibi üzüntüleri ...’ın cismani zararının kendileri yapmasının bu bir tezahürüdür”* diyerek, cismani zarar görenin yakınlarının manevi tazminat talep edemeyeceklerine karar vermiştir. AYİM 2. D, E. 2000/642, K. 2001/900, T. 03.12.2001, AYİMD, S. 17, Kitap 2, s. 1095-1099.

manevi tazminat talebi, zarar görenin vücut bütünlüğünde meydana gelen zararın yakınlarının ruhsal ve zihinsel bütünlüğünü ihlal edecek yoğunlukta olmaması nedeniyle, zararın doğrudan doğruya uğranılan bir zarar olmayıp, yansıma yoluyla uğranılan bir zarar olması sebebiyle tazminat ödenmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.⁷⁹

Yer vermiş olduğumuz AYİM kararlarından da anlaşılacağı üzere, mülga 818 sayılı Kanun döneminde açık bir yasal düzenleme olmasından kaynaklı olarak yargı kararları arasında farklı yaklaşımların olduğu, bedensel zarara uğrayanların yakınlarının görmüş olduğu manevi zararların tazmini konusunda her somut olay nezdinde farklı değerlendirmeler yapılabildiği görülmektedir.

2011 yılında 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğü girmesi ile beraber ağır bedensel zarara uğrayanların yakınlarının görmüş olduğu manevi zararlar da tazmini gerekli yansıma zararlar arasında yerini almıştır. 2017 yılında Danıştay, nöbet sırasında gerçekleşen bir kaza neticesinde yaralanan erin anne babasının manevi tazminat talebi ile açmış olduğu davayı inceleyen AYİM'in, söz konusu olayda babanın doğrudan bir zarara uğramadığı, yansıma yoluyla zarara uğradığı ve yansıma zararların tazminine olanak bulunmadığı gerekçesiyle tazminat talebinin reddine ilişkin kararının temyiz incelemesi üzerine, davacının oğlunun askerlik görevini yerine getirirken meslekte kazanma gücünü kaybedecek şekilde yaralanması nedeniyle manevi zarara uğradığının kabulü gerektiğinden bozma kararı vermiştir.⁸⁰

6098 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra verilen AYİM kararlarında ise genel olarak Kanun'un 56. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme ile uyumlu bir değerlendirme yapılarak karar verildiği görülmektedir. Örneğin bir kararında; "*Türk Borçlar Kanunu'nun 53-56*

⁷⁹ AYİM 2. D, E. 2009/931, K. 2011/523, T. 13.04.2001 (Yayınlanmamıştır).

⁸⁰ Danıştay 10. D, E. 2017/2960, K. 2022/4835, T. 31.10.2022 (Lexpera). Benzer şekilde AYİM, uzman erbaş olarak görev yapan davacının paraşüt atlayışı sırasında paraşütünün açılmaması nedeniyle yaralanarak, "TSK'da görev yapamaz." raporu alması üzerine açmış olduğu davada, davacının eşinin, söz konusu olay nedeniyle doğrudan zarara uğramadığı, ancak davacının %100 oranında meslekte kazanma gücünü kaybetmiş olduğu anlaşıldığından Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca manevi tazminat şartları olduğundan bahisle eşe yönelik manevi tazminata hükmetmiştir. AYİM 2. D, E. 2015/346, K. 2016/924, T. 11.05.2016 (Yayınlanmamıştır).

maddeleri çerçevesinde, cismani zararlara dayalı olarak maddi tazminat isteme hakkı sadece zarar görene ait bir hak olarak belirlenmiştir. Manevi tazminat isteme hakkı ise kural olarak bedensel zarara uğrayan kişiye ait olup, ancak ağır bedensel zarar ve ölüm vuku bulduğu takdirde zarar görenin yakınlarının manevi zararlarının tazmini mümkün bulunmaktadır. Dolayısıyla bedensel zarara uğrayan şahsın yakınlarının yansıma yoluyla uğradıkları zararların tazmini tazminat hukuku çerçevesinde kural olarak kabul edilmemiştir. Öğreti ve yargı kararlarında da cismani zarar halinde maddi ve manevi tazminat isteme hakkı, doğrudan doğruya beden tamlığı ihlal edilen kişiye tanınmakta, ağır bedensel zarar görülen haller hariç olmak üzere yansıma yoluyla acı duyan kişilerin manevi tazminat isteyemeyecekleri hususu genel kabul görmektedir.” değerlendirmesinde bulunmuştur.⁸¹ Bununla birlikte AYİM başka bir kararında da; “yansıma yoluyla aynı eylem nedeniyle manevi üzüntü duyanlar manevi tazminat isteyemezler, ancak dava açma tarihinde ağır bedensel bir zarar veya ölüm olayının gerçekleşmesi halinde yansıma yoluyla zarar görenler duymuş oldukları manevi üzüntü nedeniyle manevi tazminat isteyebileceklerdir” şeklinde değerlendirmede bulunmuştur.⁸²

Bu konuda 6098 sayılı Kanun’un yürürlükte olduğu ve Danıştay’ın daha güncel tarihli bir kararında, bedensel bir zarar nedeniyle yansıma yoluyla zarara uğrayanların manevi tazminat talepleri hakkında daha genişletici bir yorum yapılarak, ağır bedensel zarar gerçekleşmemiş olsa dahi, yaralanan kişinin yakınlarının manevi tazminat taleplerinin kabulü gerektiğinin altı çizilmiştir. Evinde çamaşır astığı esnada, Suriye’de yaşanan bir çatışmada ateşlenen bir silahtan çıkan merminin isabet etmesi sonucunda yaralanan kişinin eşi ve çocuklarının manevi tazminat talep ettiği dava konusu olayda ilk derece mahkemesince bu talebin kabulüne karar verilmiş ve karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir. Temyiz incelemesi sonucunda Danıştay; “*Türk Borçlar Kanunu’nun “Manevi tazminat” başlığını taşıyan 56. maddesinde, idari eylem veya idari faaliyetlerden zarar görenin yakınlarının uğramış olduğu manevi zarardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin “ağır bedensel zarara” uğraması yönünde bir sınırlama bulunmamaktadır. Danıştayın yerleşik içtihatlarında, zarar görenin ağır bedensel zara-*

⁸¹ AYİM 2. D, E. 2013/279, K. 2013/1474, T. 13.10.2013 (Yayınlanmamıştır).

⁸² AYİM 2. D, E. 2014/75, K. 2014/635, T. 08.04.2015 (Yayınlanmamıştır).

ra uğraması halinde ancak yakınlarına manevi tazminat ödeneceği yönünde bir şarta yer verilmemiş, *“ağır bedensel zarara uğranılmış olması” sadece hükmedilecek manevi tazminat miktarının takdiren belirlenmesinde dikkate alınmaktadır.*” diyerek, TBK’nın 56. maddesinin idari yargıda görülmekte olan manevi tazminat davalarında uygulanmasına imkân bulunmadığından bahisle, davacılar için hükmedilen manevi tazminatın usul ve hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.⁸³

Danıştay’ın bu kararındaki TBK’nın 56. maddesinde açıkça bu maddenin idarenin sorumluluğuna uygulanacağına dair bir düzenleme bulunmadığı için ağır bedensel zarara uğramış olma koşulunun idarenin sorumluluğunda uygulanma zorunluluğu bulunmadığı yolundaki değerlendirmesine katılmamaktayız. TBK’nın 55. maddesinin 2. fıkrası açık bir şekilde bu Kanun hükümlerinin idarenin sorumluluğunda da uygulanacağını düzenlemiştir.⁸⁴ Dolayısıyla ayrıca 56. maddede bu yönde bir düzenleme bulunmasına ihtiyaç yoktur. Danıştay’ın kararında ifade ettiği gibi, idarenin sorumluluğu konusunda ağır bedensel zarara uğrama koşulunun aranmaması, sorumluluk kapsamını oldukça genişletecek ve sorumluluk hukukunun temel ilkelerinden bir tanesi olan sebepsiz zenginleşme aracı olmamasına da aykırılık oluşturacaktır.⁸⁵

Anayasa Mahkemesi (AYM), TBK’nın 55. maddesinin 2. fıkrasının Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle AYİM tarafından yapılan norm denetimi başvurusunda bu konuyu değerlendirmiştir. AYM, kuralla,

⁸³ Danıştay 10. D, E. 2016/13668, K. 2019/2798, T. 10.04.2019 (Yayınlanmamıştır).

⁸⁴ Bununla birlikte idari işlem veya eylem nedeniyle ortaya çıkan ölüme veya vücut bütünlüğüne yönelik zararlardan dolayı idarenin sorumluluğunun, kusur ve kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca belirleneceği, uğranılan zararın miktarının ise Borçlar Kanunu’nun 55. maddesi uyarınca hesaplanacağı yönünde bkz. Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Seçkin, 17. baskı, Ankara 2024, s. 157.

⁸⁵ Manevi zararı karşılamak için mahkemelerce hükmedilecek tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak miktarda, fakat ilgilinin duyduğu acıyı kısmen de olsa giderecek ölçüde belirlenmesi gerekmektedir. Danıştay 10. D, E. 1990/3954, K. 1992/1362, T. 10.04.1992, DD, S. 86, 583 vd., Nakleden; Kalabalık, s. 268. Danıştay kararlarında manevi tazminatın miktarının belirlenmesi noktasında da hükmedilen tazminat miktarının da hakkaniyet uygun olması gerektiğini vurgulamış ve idare mahkemesi tarafından zarar gören kişi, anne, babası ve kardeşleri için hükmedilen manevi tazminat miktarının sebepsiz zenginleşmeye yol açacak derecede olduğu iddiasını haklı bularak kararın bozulmasına karar vermiştir. Bkz. Danıştay İDDK, E. 2021/3012, K. 2022/1655, T. 27.04.2022 (Lexpera).

ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların belirlenmesinde yargı kolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaların önüne geçilmesinin amaçlandığını, TBK'ya yapılan atfın sadece zarar miktarının belirlenmesine ilişkin hükümlerle sınırlı olduğunu değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre TBK'nın 55. maddesinin 2. fıkrası, idarenin sorumluluk esasları yönünden de TBK hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılmamaktadır. Buna göre, idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirlenecekken, uğranılan zararın miktarı ise TBK hükümlerine göre hesaplanacaktır.⁸⁶

⁸⁶ “Maddenin gerekçesinde, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların Anayasa'da teminat altına alınan temel haklarla ilişkisi nedeniyle Kanun'da ayrı hükümler hâlinde düzenlendiği, kuralla, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların belirlenmesinde yargı kolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaları yeknesaklaştırıcı hükümler öngördüğü, bu çerçevede, vücut bütünlüğünün bozulmasına veya ölüme bağlı zararların idarenin sorumluluk sebeplerinden doğmuş olması hâlinde dahi bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. İtiraz konusu kural, Kanun'un ölüm ve bedensel zararlara ilişkin tazminatın nasıl hesaplanacağını düzenleyen 55. maddesinde yer almaktadır. Kuralla, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların belirlenmesinde yargı kolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaların önüne geçilmesinin amaçlandığı dikkate alındığında, Borçlar Kanunu'na yapılan atfın sadece zarar miktarının belirlenmesine ilişkin hükümlerle sınırlı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Kuralın, idarenin sorumluluk esasları yönünden de Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılması söz konusu değildir. Buna göre, idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi yargı içtihatlarıyla oluşturulan kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirlenecek, uğranılan zararın miktarı ise itiraz konusu kural uyarınca Borçlar Kanunu hükümlerine göre hesaplanacaktır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralın idarenin sorumluluğunu Borçlar Kanunu'nda sayılan kusur ve kusursuz sorumluluk sebepleriyle sınırladığı söylenemez... Ayrıca, idarenin eylem veya işlemleri nedeniyle meydana gelen ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlar ile aynı eylem veya işlem nedeniyle meydana gelen diğer zararların tazmini istemiyle açılan davalar aynı yargı mercisinde görüleceği için itiraz konusu kuralla yargılamanın bütünlüğü de bozulmamaktadır... İdari eylem ve işlemlerden veya idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların tazmini istemiyle açılan davalarda, idarenin sorumlu olduğu diğer zararlara göre farklı kurallar öngörülmesi, bu zararların mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlar ile diğer zararların belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak unsurlar farklıdır. Bu nedenle, kanun koyucunun ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların kendine özgü farklılıklarını gözетerek, idari eylem ve işlemlerden veya idarenin so-

AYM bu kararında idarenin sorumluluğunda uygulanacak olan TBK hükümlerinin idarenin sorumluluk ilkelerini kapsamadığını açıkça ifade etmiş, zararın miktarının tespitinde TBK hükümlerinin uygulanacağını vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme'nin kararında ifade ettiği zarar miktarının tespiti kavramına, zarara uğrayan kişilerin tespitinin de dâhil olduğu kanaatindeyiz. Aksi halde Kanun'un 55. maddesinin gerekçesinde de vurgulanan, *ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların belirlenmesinde yargı kolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaları yeknesaklaştırma amacına ulaşamayacaktır.*

6098 sayılı TBK'nun 56. madde düzenlemesi uyarınca ağır bedensel zarar halinde tazmini gerekecek manevi zararın tespiti için iki husus önem arz etmektedir. Birincisi ağır bedensel zararın tespiti, ikincisi ise yakınları ifadesi ile ne kastedildiğinin tespitidir.

Kanun koyucu ağır bedensel zararı, yansıma yoluyla manevi tazminat talep edecekler için olmazsa olmaz bir koşul olarak belirlemiştir.⁸⁷ Ağır bedensel zarar, her somut durumun özelliklerine göre yargı merci tarafından değerlendirilecektir. Yargı yerleri meslekte işgücü kaybının %70 olması halinde ağır bedensel zararın oluştuğunu kabul etmekte⁸⁸, buna karşın örneğin %25'lik bir kayıp, ağır bedensel zarar olarak değerlendirilmeyebilmektedir.⁸⁹ Hangi orandan itibaren ağır

rumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların tazmini istemiyle açılan davalar için farklı hukuki düzenlemeler öngörmesinde eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır." AYM, E. 2014/94, K. 2014/160, T. 22.10.2014, RG. 4.3.2015-29285 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>).

⁸⁷ Çakırca, s. 790.

⁸⁸ Beraber nöbet tuttuğu arkadaşının dikkatsizliği sonucu silahının ateş alması neticesinde sırt bölgesinden yaralandığı, bu yaralanma dolayısıyla %78 oranında meslekte kazanma gücünü kaybetmiş olduğu olayda, davacının anne ve babasının söz konusu olay nedeniyle doğrudan bir zarara uğramadığı; ancak Borçlar Kanunu'nun 56/2 maddesi uyarınca davacının ağır bedensel zarara uğradığı gözetilerek anne ve baba hakkında da uygun bir tazminata hükmedilmesine karar vermiştir. AYİM 2. D, E. 2013/140, K. 2015/1727, T. 04.11.2015 (Yayınlanmamıştır).

⁸⁹ İlçe Jandarma Komutanlığı emrinde askerlik vazifesini yapmakta iken er gazinosunun depo kapısının camı kırılarak sağ gözüne isabet eden davacının açmış olduğu davada AYİM, GATA raporu ile %24,2 olarak belirlenen çalışma gücü kaybı oranını, ağır bedensel zarar olarak kabul etmeyerek, davacının anne ve babasının manevi tazminat istemlerinin reddine karar vermiştir. AYİM 2. D, E. 2013/1461, K. 2015/1510, T. 30.09.2015 (Yayınlanmamıştır).

bedensel zararın oluştuğunu belirlemek, bu konuda net bir yüzdelik sınır çizmek mümkün değildir. Yargı mercilerinin her somut olayın özelinde ağır bedensel zararın oluşup oluşmadığını özel olarak değerlendirmesi gerekmektedir.⁹⁰

Tespiti gerekli olan ikinci husus ise yakınlar kavramıdır. Dikkat edilecek olursa kanun koyucu akrabalar vs. gibi daha sınırlandırıcı bir kavram değil, “yakınları” kavramını kullanmıştır. Bu da her somut olay nezdinde değerlendirilmesi gereken bir husus olup,⁹¹ yakınlık meselesini hâkimin takdir etmesi gerekmektedir.⁹²

SONUÇ

Hukuk devleti ilkesinin hayata geçebilmesi için idarenin sebep olduğu zararları tazmin etmesi gerekmektedir. İdarenin sorumluluğunda her türlü zarar değil, yukarıda ifade ettiğimiz gibi belirli özelliklere sahip olan zararların tazmini gerektiği kabul edilmektedir. Yansıma zararın idarenin sorumluluğunda tazmin koşulları kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini bu çalışmamızda ele almaya çalıştık.

Çalışmamızda idarenin sorumluluğunda yansıma zarar kavramının hem doktrinde hem de yargı kararlarında fazla yer bulmadığı, bununla beraber zaman zaman da farklı içeriklerle kullanıldığı tespit edilmiştir. Yansıma zarar kavramı genellikle doğrudan zarar-dolaylı zarar kavramları kapsamında değerlendirilmiştir. Oysaki yansıma zarar bu ayrımın dışında olup, eylemin muhatabı olan kişi açısından karşımıza çıkan bir zarar türüdür. Zarar doğurucu fiilin muhatabı dışında bir başka kişinin uğramış olduğu zararlar söz konusu olduğu için, yansıma zararın idarenin sorumluluk alanını genişlettiği aşikârdır. Genişleyen bu sorumluluk alanına hukuki bir sınır çizilebilir adını, yansıma zararın ancak bazı koşulların varlığı halinde idarenin sorumluluğu kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmelidir.

⁹⁰ Ağır bedensel zararın takdirinde zarar gören organların önemi, işgöremezlik derecesinin oranı, uğranılan ruhsal zararın niteliği ve diğer durumların gözetilmesi gerektiği yönünde bkz. Antalya, s. 266.

⁹¹ Bkz. “Üçüncü Kişinin Zarar Görmesi (Dolaylı Mağdur)” başlığı altındaki değerlendirmeler.

⁹² İhsan Erdoğan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gazi Kitabevi, 4. baskı, Ankara 2019, s. 145.

Yansıma zararın tazmini için varlığı gerekli olan koşullar; fiilin doğrudan muhatabı olan kişinin zarar görmesi, üçüncü kişinin bir zarara uğraması, üçüncü kişinin uğramış olduğu zarar ile fiil arasında bir illiyet bağının olması ve en önemlisi de yasal bir düzenlemenin varlığıdır. Yasal bir düzenleme olmadığı sürece, sorumluluğun kapsamını çok genişletmemek için yansıma zararlar tazmin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmemektedir.

İdarenin sorumluluğuna ilişkin esasları düzenleyen yasal bir düzenleme mevcut değildir. Bununla beraber TBK'nın 55. maddesinin ikinci fıkrası açıkça bu Kanun hükümlerinin, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanacağını açıkça düzenlediği için, idarenin sorumluluğunda da yansıma zarar, TBK hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Yansıma zarar maddi zarar ve manevi zarar şeklinde olabilir. Maddi zarar, destekten yoksun kalma tazminatı kapsamında, TBK'nın 55. maddesi kapsamında karşılanmaktadır. Manevi zarar kapsamında karşımıza çıkan yansıma zarar ise, TBK'nın 56. maddesinde düzenlenmiş olup, bu maddede ağır bedensel zarar veya ölüm halinde zarar görenin veya ölenin yakınlarının manevi zararının tazmin edilebileceği ifade edilmiştir. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere manevi zararda, zarar doğurucu fiilin muhatabı olan kişi dışındaki bir kişinin zararının tazmin edilmesi istisnai olarak kabul edilmektedir. Manevi zararda şahıs bütünlüğüne yönelik zararlar ise kabul edilmemiş, yalnızca ölüm ve ağır bedensel zararlarda tazminat kabul edilmiştir.

Yansıma zarar niteliğindeki manevi zararın tespiti noktasında ağır bedensel zarar kavramı ile yakınları kavramının netleştirilmesi de önem arz etmektedir. Her iki kavram da somut olayın özellikleri çerçevesinde yargı mercileri tarafından belirlenecektir. İdare hukukunda güçlü olan idare karşısında bireylerin daha fazla korunması amacı doğrultusunda ve yine somut olayın özellikleri dikkate alınarak bu kavramların tespitinde genişletici yorum yapılabilir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Seçkin, 9. baskı, Ankara Eylül 2023.
- Antalya O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1,2, Seçkin, 2. baskı, Ankara 2019.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, 7. baskı, Ankara 2013.
- Aslan Zehreddin/Barlas İrfan/Berk Kahraman ve Diğerleri, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Vergi Yargılaması Dahil) (Ed. Aslan, Zehreddin), Seçkin, 3. baskı, Ankara 2022.
- Atay Ender Ethem, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin, 2. baskı, Ankara 2023.
- Atay Ender Ethem/Odabaşı Hasan, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin, Ankara 2010.
- Ayan Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 11. baskı, Ankara 2016.
- Aydos Oğuz Sadık, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (THD), Seçkin, 3. baskı, Ankara 2023.
- Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin, 9. baskı, Ankara Eylül 2017.
- Erdoğan İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gazi Kitabevi, 4. baskı, Ankara 2019.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, 22. baskı, Ankara 2017.
- Esin Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, Ankara 1976.
- Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu (Çev. Candan, Turgut) Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No: 39, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1984.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku C. II, Ekin, 3. baskı, Bursa 2019.
- Gözübüyük Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, 32. baskı, Ankara 2012.
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Savaş Kitap, US-A Yayıncılık, 12. baskı, Ankara 2019.
- Kalabalık Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Seçkin, 17. baskı, Ankara 2024.
- Kayıhan Şaban / Ünlütepe Mustafa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 6. baskı, Ankara 2018.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 20. baskı, Ankara 2016.
- Kılıçoğlu Kumru, Yansıma Yoluyla Zarar, Turhan Kitabevi, 1. baskı, Ankara 2012.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, Vedat Kitapçılık, 14. baskı, İstanbul 2018.
- Sancakdar Oğuz/Önüt Lale Burcu, İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, Seçkin, 5. baskı, Ankara 2023.

Şirin Tolga, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi, 2018.

Topuz Murat, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, Seçkin, 3. baskı, Ankara 2023.

Makaleler

Ayan Durhan Elif, "Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talep Edip Edemeyeceği Sorununa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", *Karar İncelemeleri Dergisi*, Haziran-Aralık 2022, C. I, S. 1-2, 383-400.

Çakırca Seda İrem, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 2013, C. 8, S. Özel, 785-807.

Özel Çağlar, "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler", *AÜHFD*, 2001, C. 50, S. 4, 81-106.

Sarsıkoğlu Şenel, "İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı", *AÜHFD*, 2016, C. 65, S. 4, 2389-2422.

Yılmaz Cüneyt Arif, "Yansıma Zararlar ve Türk Hukukunda Yansıma Zararlarının Geçmişten Günümüze Tazmin Edilebilirliği", *Fides Law Review*, 2021, S. 3, Y. 4, 17-46.

İnternet Kaynakları

<https://kazanci.com.tr/>

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

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

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

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>.

EMLAK VERGİSİ UYGULAMASINDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN YARGISAL ÇÖZÜMÜNDE KARŞILAŞILAN BAZI HUKUKİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

SOME LEGAL PROBLEMS ENCOUNTERED IN THE JUDICIAL RESOLUTION OF DISPUTES ARISING FROM PROPERTY TAX APPLICATION AND SOLUTION SUGGESTIONS

Abdullah ARIKAN*

Özet: Emlak vergisi gerek matrahın saptanması ile verginin tarihi gerekse vergiden kaynaklanan uyuşmazlıkların yargisal çözümündeki detaylar konusunda kendisine has bir yapı ve işleyişe sahiptir. Öyle ki yargılama boyutuna dair Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 149. maddesi muhtevasında inşa edilen hüküm, bahsi geçen ikinci durumun başta gelen göstergelerinden biridir. Yargılamanın bir an evvel sonuçlandırılabilmesini hedef alan ve bunun için idari yargılama usulündeki genel işleyişten belli yönleri ile ayrılan mükerrer 149. maddede yer alan takdir komisyonu kararlarına karşı dava açabilecek yönünden getirilen kısıtlamanın Anayasa Mahkemesi'nce 2012 yılında iptal edilmesiyle birçok yeni sorun baş göstermeye başlamıştır. Çalışmanın ilk ayağında başta dava açma süresi olmak üzere bu sorunlar üzerinde durulmuştur. Akabinde ise yakın bir tarihte Danıştay'ın bölge idare mahkemesi kararları arasındaki aykırılığın giderilmesi maksadıyla verdiği ve takdir komisyonu kararlarına karşı açılan davalarda vergi mahkemelerinin kısmen ret ve kısmen iptal yönünde karar verip veremeyeceklerine dair sorun irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Emlak Vergisi, Vergi Değeri, Takdir Komisyonu, Dava Açma Süresi, Kısmen İptal Kararı Verilmesi

Abstract: Property tax has a unique structure and functioning in terms of both the determination of the tax base and the assessment and the details of the judicial resolution of disputes arising from the tax. In fact, the regulation introduced by the repetitive Article 149 of the Tax Procedure Law regarding the judicial dimension

* Dr. Öğr. Üyesi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, abduallah.arikan@trabzon.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4039-0352, Makalenin Gönderim Tarihi: 05.07.2024, Kabul Tarihi: 10.09.2024

is the main indicator of the second situation. With the annulment, by the Constitutional Court in 2012, of the restriction on those who can file a lawsuit against the decisions of the valuation commission under the content of repetitive Article 149, which aims to conclude the proceedings as soon as possible and for this purpose, differs from the general procedure in administrative procedure in certain aspects, many new problems have started to arise. The first part of study focuses on these problems, particularly the time limit for filing a lawsuit. Subsequently, the recent decision of the Council of State in order to eliminate the inconsistency between the decisions of the Regional Administrative Courts and the question of whether the tax courts can partially annul and partially reject the decisions of the valuation commissions is examined.

Keywords: Property Tax, Tax Value, Valuation Commission, Time Period For Filing a Lawsuit, Partial Annulment

GİRİŞ

Tarihin en eski vergilerinden olan¹ ve servet olarak bina, arazi ve arsaların vergilendirilmesini konu edinen emlak vergisi, Osmanlı Devleti zamanındaki uygulamasından günümüze değin, vergi matrahının ne olacağı ve nasıl tespit edileceği hususlarında önemli birtakım değişikliklere tabi tutulmuştur. Bu değişikliklerin özellikle günümüze yakın olanlarının temelinde, verginin mümkün olduğu ölçüde çok ve gerçek tutarı üzerinden tarh ve tahsil edilebilmesi gayesi ön planda olmuştur.^{2 3}

¹ Akif Erginay, Kamu Maliyesi, Sevinç Matbaası, Ankara 1972, s. 101; Salih Turhan, Vergi Teorisi ve Politikası, Der Yayınları, İstanbul 1987, s. 205; Dilek Özkök Çubukçu, "Emlak Vergilerinde Matrah Ölçüleri", *MHD*, C. 19, S. 227, 2023, s. 2278.

² Gerçekten de sözü edilen değişikliklerin belki de en önemlilerini bünyesinde barındıran 4751 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde geçen şu ifadelerde mezkûr gayenin izlerini görebilmek mümkündür: "Emlak vergisinde beyan sisteminin uygulandığı 1972 yılından bu yana mükellefler genellikle gayrimenkullerin değerlerini rayicine nazaran düşük gösterme eğilimi içine girmişlerdir. Bu durum, vergi hasılatını azaltmış ve vergide adalet ilkesini zayıflatmıştır. Beyan sisteminde görülen aksaklıklar dikkate alınarak...asgari beyan sistemine geçilmiş...mükelleflerin...beyan edecekleri değer in idarece tespit edilen miktardan az olmaması sağlanmıştır. Ancak, bugüne kadar yapılan uygulama göstermiştir ki...mükelleflerin beyan ettikleri rayiç değerleri...asgari beyan değeri civarında kalmıştır...Emlak vergisi uygulaması sonucunda görülen bu olumsuzlukları ortadan kaldırmak ve vergilemede kolaylığın ve basitliğin sağlanması amacıyla...değişiklikler yapılmaktadır."

³ Tabi mer'i vergi mevzuatı doğrultusunda hesaplanan emlak vergisinin yükümlülerin ödeme güçlerini gerçek manada kavramaktan uzak bir görünüm arz ettiği de öğretide yaygın bir şekilde dile getirilmektedir. Fakat belirtelim ki, çalışma

Mevzu bahis gayeye ulaşabilme adına kanun koyucu, gerek matrahın tespiti ile verginin tarihinde gerekse emlak vergisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların yargısal çözümünde diğer vergiler açısından geçerli olan genel işleyişten oldukça farklılık arz eden bir yapı/süreç inşa etmiştir.⁴ Bunlardan çalışma konumuzla ilintili olanlarından birisi, arazi ve arsalar açısından emlak vergisi matrahını teşkil eden vergi değerinin belediyelerce hesaplanabilmesi için takdir komisyonları tarafından belli zaman aralıklarıyla gerçekleştirilen asgari ölçüde metrekare birim değeri takdirlerine karşı dava açabilecek kişi ve kuruluşlar yönünden kısıtlama getirilmesidir. Fakat 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK)'un mükerrer 49. maddesi muhtevasında getirilen bu kısıtlama, Anayasa Mahkemesi'nce 2012 yılında hukuk devleti ilkesi ve hak arama özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle iptal edilmiştir.⁵ Bununla birlikte, emlak vergisinin yukarıda sözünü ettiğimiz mümkün olduğu ölçüde çok ve gerçek tutar üzerinden tarh ve tahsilatının gerçekleştirilebilmesi gayesi etrafında inşa edilen yapısı ile hazineye intikaline kadar geçirdiği sürecin kendine haslığı, mezkûr iptal kararı sonrası birtakım hukuki sorunların doğumuna

konumuz emlak vergisi matrahının tayininde adaletin nasıl tesis edilebileceği ile değil de emlak vergisi uygulamasından kaynaklanan uyuşmazlıkların yargısal çözümünde karşılaşılan hukuki meselelerin çözümüyle bağlantılı olduğundan, burada bahsi geçen soruna vurgu yapan bir kısım eserlere işaret etmekle yetiniriz. Bkz. Canatay Hacıköylü, Emlak Vergisinde Değerleme Sorunu ve Değer Tespitine İlişkin Öneriler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2009, s. 68 vd.; Canatay Hacıköylü/Fethi Heper, "Emlak Vergisinde Matrah Tespitine İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Maliye Dergisi*, S. 158, 2010; İbrahim Organ/Taha Emre Çiftçi, "Türkiye'de Emlak Vergisi Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *NÜİİBFD*, C. 8, S. 4, 2015, s. 131 vd.; Hülya Kabakçı Karadeniz, Türkiye'de Emlak Vergisi ve Değerli Konut Vergisi (Sorunlar - Çözüm Önerileri) Çeşitli Avrupa Ülkeleri ile Karşılaştırmalı Bir Analiz, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 141 vd.; Nuray Aşçı Akıncı, Teoride ve Uygulamada Emlak Vergisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, (Emlak Vergisi), s. 365 vd.

⁴ Emlak vergisinin matrahın tayini ile tarhiyatın gerçekleştirilme usulü yönlerinden özellik gösteren bir vergi türü olduğu görüşü için bkz. Özgecan Gök, "Emlak Vergisi Matrahını Belirleyen Takdir Komisyonu Kararlarının Dava Konusu Edilebilirliği (Bir Anayasa Mahkemesi Kararı'nın Sonuçlarının Değerlendirilmesi)", IV. Vergi Hukuku Konferansı (Genç Hukukçular/Yeni Yaklaşımlar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 165-166, 179.

⁵ Bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 31.05.2012, E. 2011/38, K. 2012/89.

da yol açmış bulunmaktadır.⁶ Bu sorunlara dair zaman içerisinde kanun koyucunun çözüm üretmeye yönelik düzenleme ihdasına gitmemesi, Danıştay çözümünün başlıca ve tek odağı haline getirmiştir. Fakat bilhassa takdir komisyonu kararlarına karşı hangi tarihten itibaren ve ne kadarlık bir süre dahilinde dava açılabilceği konusunda çok farklı sayıda kararlar verilmiş ve mesele en sonunda konuya dair bölge idare mahkemesi kararları arasında yaşanan farklılıkların giderilebilmesi için Vergi Dava Daireleri Kurulu (VDDK)'nın önüne getirilmiştir.⁷

Tabi emlak vergisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların yargısal çözümünde bölge idare mahkemesi kararları arasındaki ayrışılığa bir başka konu daha sebebiyet vermiş ve bu da yakın bir tarihte VDDK'ya intikal ettirilmiştir. Bu sorun, takdir komisyonu kararlarının dava konusu yapılması halinde vergi mahkemelerince kısmen ret ve kısmen iptal kararı verilip verilemeyeceğine ilişkindir.⁸

Çalışmamızın ilk ayağında öncelikle emlak vergisinde matrah, verginin tarh ve tahakkuk süreci ile emlak vergisiyle alakalı uyuşmazlıkların dava konusu yapılması hususlarında genel mahiyetteki açıklamalara yer verilmiştir. Akabinde gerek komisyon kararlarının gerekse emlak vergisinin tarh edilmesi işlemlerinin hangi tarihten itibaren ve ne kadarlık bir zaman diliminde dava konusu yapılabilecekleri hususu ile yargılama sürecinin detaylarına dair VUK'un mükerrer 49. maddesi muhtevassından kaynaklanan bir kısım sorunlar irdelenmiştir. Son olarak ise, takdir komisyonu kararlarına karşı açılan davalarda vergi mahkemelerinin kısmen ret ve kısmen iptal yönünde karar verip veremeyecekleri meselesi, yargı kararları ile idari işlem mahiyetinde hüküm tesis edilip edilemeyeceği sorunsalı çerçevesinde ele alınmıştır.

⁶ İptal kararı sonrası arazi ve arsalarla ilişkin asgari ölçüde birim değeri takdiri işlemlerine karşı açılacak davalar bakımından bir kısım hukuki belirsizliklerin vuku bulduğuna dair bkz. Ahmet Ozansoy, "Emlak Vergisi Değerlerine Karşı Dava Açmada Süre Sorunu", *İMMD*, S. 60, 2014, s. 13'ten aktaran Fatih Torun, Açıklamalı-İçtihatlı Emlak Vergisi Kanunu, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 536.

⁷ Konuyla alakalı karar için bkz. Danıştay VDDK, T. 15.02.2023, E. 2022/14, K. 2023/2, 28.04.2023 tarih ve 32174 sayılı Resmî Gazete.

⁸ Konuyla alakalı karar için bkz. Danıştay VDDK, T. 24.05.2023, E. 2023/1, K. 2023/3, 22.07.2023 tarih ve 32256 sayılı Resmî Gazete.

I. EMLAK VERGİSİ MATRAHI: BİNA, ARAZİ VE ARSALARIN VERGİ DEĞERİ

Emlak vergisinin tarihsel gelişimi irdelendiğinde, Cumhuriyetin ilanından sonra belli bir süre daha, araziler bakımından 1886 yılında çıkarılan Emlak Vergisi Nizamnamesi, binalar bakımından ise 1910 yılında çıkarılan Musakkafat Vergisi Kanunu çerçevesinde vergilendirme yoluna gidildiği görülmektedir.⁹ Matrahın tayininde sözü edilen hukuki metinlerin ilkinde değer, ikincisinde ise gayrisafi irat esası benimsenmiştir.¹⁰ 1931 yılında Cumhuriyet döneminin emlaki vergilendirmeye yönelik ilk Kanunları Arazi Vergisi Kanunu ile Bina Vergisi Kanunu ihdas edilmiştir. Değinen Kanunlarda matrah olarak araziler açısından rayiç bedeli baz alan değer, binalar bakımından ise safi irat esası kabul edilmiştir.¹¹ 1960'lı yıllarda başlatılan vergi reformu hareketinin bir yansıması olarak¹² 1970 yılında 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu (EVK) kabul edilmiş ve bina ile arazilerin vergilendirilmesi tek bir kanun çatısı altında gerçekleştirilmeye başlanmıştır.¹³

EVK ile getirilen yeni düzende en önemli yeniliklerden biri olarak, daha önceki vergilerde matrahın tespiti tahrir usulüne dayanmakta iken, bundan vazgeçilerek beyan usulüne geçilmiştir.¹⁴ Matrah olarak

⁹ Kenan Bulutoğlu, *Türk Vergi Sistemi*, 8. Baskı, Batı Türkeli Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 255; M. Kâmil Mutluer/N. Nilay Dayanç Kuzeyle, *Vergi Hukuku (Genel ve Özel Hükümler)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 565; Hacıköylü, s. 30.

¹⁰ Turhan, s. 206; Bulutoğlu, s. 256; Filiz Giray, *Maliye Tarihi*, Ezgi Yayınları, Bursa 2001, s. 106-107; Şerafettin Aksoy, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 333, 344; Erdoğan Öner, *Osmanlı İmparatorluğu ve Cumhuriyet Döneminde Mali İdare*, 2. Baskı, T.C. Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayını, Ankara 2005, s. 400; Aşçı Akıncı, *Emlak Vergisi*, s. 39-40.

¹¹ Bulutoğlu, s. 256; Hacıköylü, s. 30-31; Aşçı Akıncı, *Emlak Vergisi*, s. 42-43; Torun, s. 18-19.

¹² Giray, s. 239 vd.; Ömer Faruk Batırel, *Kamu Maliyesi ve Yönetimi*, T.C. İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007, s. 153; Dilek Özkök Çubukçu, *Emlak Vergisinde Vergi Değeri*, Savaş Yayınevi, Ankara 2014, (Vergi Değeri), s. 79; Z. Sacit Önen, *Genel Vergi Hukuku*, Detay Yayıncılık, Ankara 2017, s. 86-88.

¹³ Bulutoğlu, s. 257; M. Kâmil Mutluer, "Emlak Vergisi Üzerine Düşünceler", *Yaklaşım*, S. 44, 1996, <https://www.yaklasim.com/>, (E. T.: 25.12.2023); Giray, s. 248; Hacıköylü, s. 32-34; Salih Gürbüz, *Türk Vergi Sisteminde Emlak Vergisi Uygulaması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2015, s. 25; Torun, s. 18.

¹⁴ Turhan, s. 206; Aksoy, s. 331; Öner, s. 581; Hacıköylü, s. 33; Ahmet Kumrulu, "Emlak Vergisinin Cumhuriyet Dönemi Seyir Defteri", Belgin Akçay/F. Kemal Kızılcı

ise bina ve arazilerin vergi değerinin, vergi değeri olarak ise rayiç bedelin baz alınacağı kabul edilmiştir. Fakat zaman içerisinde görülmüştür ki, vergi yükümlülerinin önemli bir kısmı rayiç bedelin oldukça altında beyanlarda bulunmuş ve hızlı gerçekleşen enflasyon dolayısıyla beş yılda bir yapılan beyanlar iktisadi gerçeklerden uzak neticelerin doğmasına sebebiyet vermiştir.¹⁵ Bunun üzerine 1982 yılında 2587 sayılı Kanun ile EVK muhtevasında yapılan değişikliklerle, yükümlülerin beyan edecekleri matrahlar açısından objektif ölçütlere dayalı bir sınır çizilmesi yoluna gidilmiştir. Daha açık bir deyişle, yükümlülerin beyan edecekleri vergi değerinin idarenin objektif ölçütler çerçevesinde saptayacağı asgari vergi değerinden düşük olamayacağı, aksi durumda ise tahakkuka idarece saptanacak değerler üzerinden hesaplanacak emlak vergisi tutarının esas alınacağı öngörülmüştür.^{16 17} Fakat ilerleyen süreçte değinilen önlem de arzu edilen sonuçları verememiş ve 2002 yılında 4751 sayılı Kanun ile EVK'da yapılan değişiklikler akabinde beyan esası kaldırılmış ve matrahın tespitinde tamamıyla idari makamlarca yapılacak takdir ve tespit usulüne geçilmiştir.¹⁸ Öyle ki,

(Ed.), Prof. Dr. Ahmet Gökder'e'ye Armağan (Ekonomi ve Hukuk Üzerine Yazılar), Turhan Kitabevi, Ankara 2011, (Emlak Vergisi), s. 550; Özkök Çubukçu, Vergi Değeri, s. 125-126; Önen, s. 88.

- ¹⁵ Orhan Şener, Teori ve Uygulamada Kamu Ekonomisi, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 307.
- ¹⁶ Abdurrahman Akdoğan, Vergilerin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi (Yasal Düzenlemelerin İşleyişi Açısından), Gazi Üniversitesi Teknik Eğitim Fakültesi Matbaası, Ankara 1991, s. 599-600, 615; Halil Nadaroğlu, Kamu Maliyesi Teorisi, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 1998, s. 352; Şener, s. 307; Özhan Uluatam/Yaşar Methibay, Vergi Hukuku, 5. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2001, s. 363, 367 vd.; Hacıköylü, s. 36; Kumrulu, Emlak Vergisi, s. 551-552; Aşçı Akıncı, Emlak Vergisi, s. 46-47; Torun, s. 246, 429-430.
- ¹⁷ Tarihsel süreçte matrah açısından önemli değişiklikler vuku bulduğu gibi, vergiyi tarh ve tahsil edecek idari makamlar noktasında da birtakım değişimler yaşanmıştır. Nitekim 1936 yılından itibaren il özel idarelerince tahsil edilen emlak vergisi, 1972 yılında merkezi idarece tarh ve tahsil olunmaya başlanmış ve fakat değinilen konulardaki yetki 1985 yılında kabul edilen 3239 sayılı Kanun ile 1986 yılının başından itibaren belediyelere devredilmiştir. Bkz. Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan/Cenker Göker, Vergi Hukuku, 32. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2023, s. 439-440; Öner, s. 581; Ali Değirmendereli, Türk Vergi Sistemi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 243; Yusuf Karakoç, Kamu Maliyesi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 190.
- ¹⁸ Bulutoğlu, s. 257; Nurettin Bilici, Türk Vergi Sistemi, 47. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2023, (Sistem), s. 201; Özkök Çubukçu, Vergi Değeri, s. 126; Aşçı Akıncı, Emlak Vergisi, s. 47; Önen, s. 91.

güncel emlak vergisi uygulamasında yükümlülerin yalnızca EVK'nın 33. maddesinde sayılan ve vergi değerinde değişikliğe yol açabilecek bir kısım durumların vuku bulması üzerine¹⁹ ilgili belediyeye bildirimde bulunmaları gerekmektedir. Bunun haricinde şekli bir ödevleri bulunmayıp, sadece verginin ödenmesi²⁰ sırasında sürece dahil olmaktadır.²¹

4751 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişiklikler akabinde emlak vergisi matrahını yine emlakın vergi değeri oluşturmaktadır (EVK m. 7, 17). Fakat bu değerın hesaplanmasında rayiç bedel yerine çeşitli bakanlık ve takdir komisyonlarınca takdir ve tespit edilen bedeller baz alınmaktadır.²² Araziler açısından yaklaşıldığında vergi matrahının saptanmasındaki takdirin, dört yılda bir takdir komisyonlarınca gerçekleştirilen asgari ölçüde birim değerlerine ilişkin olduğu görülmektedir. Bu takdirlerde arsalar için fiziki konum yani arsanın bulunduğu sokak, cadde, mahalle ya da bölge, araziler açısından ise arazinin cinsi yani sulak, taban ya da kiraç olup olmadığı dikkate alınmaktadır. Takdir edilen birim değer ile arazi ya da arsanın yüzölçümü çarpılarak vergi değerine ulaşılmaktadır.

Binalarda ise vergi değerinin tespitinde hem dört yılda bir Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca ortaklaşa tespit edilen bina metrekare normal inşaat maliyet bedeli hem de müstakil binaya ait ya da kat mülkiyeti kurulmuş olması

¹⁹ Bunlar ilgili düzenlemede sekiz bent halinde sayılmış bulunmaktadır. Örneğin yeni bir bina inşa edilmesi, bir binanın kısmen ya da tamamen harap olması veya kullanım tarzının değiştirilmesi, arazinin hal ve heyetinde değişiklik olması ya da parsellenerek arsaya dönüştürülmesi, bir bina veya arazinin taksim ya da ifraz edilmesi bildirim gereken hususlardandır.

²⁰ EVK'nın 30. maddesi uyarınca emlak vergisi iki eşit taksitte ödenebilmekte olup, ilk taksitin Mart, Nisan ve Mayıs aylarında, ikinci taksitin ise Kasım ayında ödenmesi gerekmektedir.

²¹ Özkök Çubukçu, Vergi Değeri, s. 16.

²² Hacıköylü, s. 38-39; Kabakçı Karadeniz, s. 44-45; Torun, s. 21; Emlak vergisi matrahı halihazırda EVK ve EVK'nın 31. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak ihdas olunan Tüzük hükümleri doğrultusunda hesaplanmaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki, mevzu bahis Tüzük 1972 yılında yayımlanmıştır. Dolayısıyla Tüzüğün yayımlanma tarihindeki EVK hükümleri ile özellikle 4751 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonrası EVK hükümleri arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bunun bir neticesi olarak da ilgili Tüzük hükümlerinden EVK'ya uygunluğu ölçüsünde yararlanılabilmektedir. Bkz. Özkök Çubukçu, Vergi Değeri, s. 141.

halinde bağımsız bölüme isabet eden arsa payı değeri esas alınmaktadır. Vergi değeri hesaplanırken ilgili Bakanlıklarca tespit edilen inşaat maliyet bedeli ile binanın yüzölçümü çarpılmakta ve bulunan tutara binada kalorifer veya klima bulunması halinde yüzde sekiz, asansör bulunması halinde ise yüzde altı oranında ilave yapılmaktadır. Ardından yıllara ve inşaatın cinsine göre saptanan aşınma payı düşürülmekte ve son olarak arsa yahut arsa payının vergi değeri ilave olunarak binanın vergi değerine ulaşılmaktadır.²³

Hem bina hem de arazi ve arsalar için buraya kadar değinilen takdirler, gerçekleştirildikleri yılı takip eden yıl için geçerli olur. Daha sonraki yıllarda ise, bir önceki yıl tespit edilen vergi değerinin yeniden değerlendirme oranının yarısı nispetinde arttırımına gidilerek hesaplama yapılır (EVK m. 29). Böylece bir sonraki takdirin geçerlilik taşıyacağı yıla kadar vergi değerinin enflasyon karşısında korunması sağlanmış olur.²⁴

II. VERGİ DEĞERİNİN TAKDİR VE TESPİTİ İLE EMLAK VERGİSİNİN TARH VE TAHAKKUK SÜRECİ

Emlak vergisi matrahını oluşturan vergi değerinin tespitinde, binalar için metrekare maliyet bedeli ile arazi ve arsalar için asgari ölçüde birim değeri takdiri esas alınmaktadır. Dört yılda bir gerçekleştirilecek takdir sürecine dair detaylar VUK'un mükerrer 49. maddesinde düzenlenmiştir. Mezkûr hükme göre, bina metrekare normal inşaat maliyet bedelleri dört yılda bir Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca ortaklaşa tespit edilir ve tatbik olunacağı yılın başından dört ay önce Resmî Gazete'de ilan edilir.²⁵

²³ Doğan Şenyüz/Mehmet Yüce/Adnan Gerçek, Türk Vergi Sistemi, 20. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2023, (Sistem), s. 410-411; Osman Pehlivan, Vergi Hukuku (Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi), Celepler Matbaacılık, Trabzon 2017, s. 304-305; Bilici, Sistem, s. 218.

²⁴ Hacıköylü, s. 36.

²⁵ Bu ilan uygulamada genel tebliğ çıkarılmak suretiyle gerçekleştirilmektedir. Örneğin, ilgili Bakanlıklarca 2021 yılı içerisinde ve 2022 yılından itibaren geçerlilik taşımak üzere hazırlanmış olan ve inşaatın türü, cinsi ve binanın kullanım tarzına göre değişkenlik arz eden metrekare maliyet bedellerinin yazılı olduğu cetvel 79 Seri No'lu EVK Genel Tebliği muhtevasında yer almaktadır.

Yine aynı hüküm çerçevesinde dört yılda bir gerçekleştirilecek arazi ve arsalara ilişkin asgari ölçüde birim değeri takdirleri, uygulanacakları yılın başından en az altı ay önce karara bağlanır ve arsalara ilişkin olanlar il ve ilçe merkezlerindeki ticaret ve ziraat odalarına, ilgili oldukları köy ve mahalle muhtarlıkları ile belediyelere, arazilere ilişkin olanlar ise il merkezindeki ticaret ve ziraat odaları ile belediyelere imza karşılığı tevdi edilir.²⁶ Kesinleşen değerler tatbik edilecekleri yılın başından Mayıs ayı sonuna kadar ilgili belediye ve muhtarlıklarda askıya çıkarılmak suretiyle ilan edilir.

Emlak vergisinin tarh ve tahakkukunun nasıl gerçekleşeceği ise EVK muhtevasında hükme bağlanmıştır. Takdir işleminin gerçekleştirildiği yılı takip eden yıllarda inşaat maliyet bedelleri ile asgari ölçüde birim değerleri baz alınarak emlak vergisi belediyelerce hesaplanır ve o yılın ocak ve şubat aylarında tarh edilir (EVK m. 11/1-a, 21/1-a). Bu ihtimalde tarh işlemiyle birlikte tahakkuk da kendiliğinden gerçekleşir²⁷ ve durumdan yükümlüler haberdar edilir (EVK m. 11/2, m. 21/2). Daha sonraki yıllarda önceki yıl vergi değerleri belediyelerce yeniden değerlendirme oranının yarısı nispetinde arttırılarak, vergi ilgili yılın ocak ayında tarh ve tahakkuk ettirilir (EVK m 11/3, 21/3).

EVK'nın 33. maddesinde sayılan ve vergi değerini değiştiren sebeplerden birinin vuku bulması halinde, yükümlülerce EVK'nın 23. maddesi uyarınca sebebin gerçekleştiği yıl içerisinde bildirimde bulunulması gerekir. Böyle bir durumda tarhiyat, takip eden yılın Ocak ayında gerçekleştirilir. Fakat söz konusu sebep ilgili yılın son üç ayı içerisinde gerçekleşmişse, 23. madde uyarınca sebebin gerçekleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde bildirimde bulunulur ve eğer bildirim takip eden yıl içerisinde yapılmışsa, tarhiyat bildirim tarihi itibarıyla gerçekleştirilir (EVK m. 11/1-b, 21/1-b). Bu ihtimalde tarh işlemiyle

²⁶ Aynı hükümde, takdir komisyonu kararlarının büyükşehir belediyesi bulunan illerde vali veya vekalet vereceği bir memurun başkanlığında ve sayılan diğer üyelerle toplanacak merkez komisyonuna da tevdi edileceği, tevdi tarihinden sonra belli bir süre içerisinde merkez komisyonca inceleneceği ve bu inceleme sonucunda farklı değerler tayin edilmesi durumunda, bu değerlerin takdir komisyonunca yeniden takdir yapılmak suretiyle dikkate alınacağı öngörülmüştür.

²⁷ Aziz Taşdelen, "Vergi Alacağı'nın Tahakkuku: Bir Aşama ve Bir İşlem", *AÜHFD*, C. 56, S. 1, 2007, s. 280, 300.

birlikte tahakkuk da kendiliğinden gerçekleşir²⁸ ve durumdan yükümlüler haberdar edilir (EVK m. 11/2, m. 21/2).

Olağan işleyiş buraya kadar değinilen surette olmakla birlikte, vergi değerini değiştiren ve yükümlülerce bildirim gereken hususların zamanında veyahut doğru bildirilmemiş olması hallerinde EVK'nın 32. maddesi uyarınca vergi belediyece tarh olunur. Mevzu bahis hallerde başvurulacak tarh yöntemi, VUK'un mükerrer 30. maddesinde düzenlenen idarece vergi tarhıdır.²⁹ Bu yöntemde yoklama fişine dayanılır ve ihbarname düzenlenerek yükümlüye tebliğ edilir. Bildirim ödevinin yerine getirilmemesi hallerinde yükümlüden vergi aslı ile gecikme faizi istenmesinin yanı sıra ikinci derece genel usulsüzlük kabahati dolayısıyla vergi cezası da istenir. Zira mevzu bahis durumdaki fiil, VUK'un 352. maddesinin 3. fıkrasının 4 numaralı bendinde ifade olunan "*Vergi kanunlarında yazılı bildirmelerin zamanında yapılmamış olması...*" fiili ile örtüşmektedir.³⁰ Fakat vergi değerini değiştiren sebeplerin mevcut bulunmasına karşılık bildirimde bulunulmaması halinde vergi ziyai cezası kesilip kesilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Danıştayın konuya dair emsal içtihadı, emlak vergisinde vergi ziyai cezasının uygulanamayacağı yönündedir.³¹ Nitekim Yüksek Mahkemeye göre, beyan usulünün geçerli olduğu dönemde EVK muhtevasında vergi ziyai cezası ile alakalı çeşitli hükümler bulunmaktaydı. Fakat bildirim usulüne geçildikten sonra mezkûr cezanın emlak vergisinin

²⁸ Taşdelen, s. 280, 300.

²⁹ Şükrü Kızılot/Doğan Şenyüz/Metin Taş/Recai Dönmez, Vergi Hukuku, 2. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2007, s. 146; Şenyüz/Yüce/Gerçek, Sistem, s. 412-413; Doğan Şenyüz/Mehmet Yüce/Adnan Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 14. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2023, (Vergi), s. 230-231; Nurettin Bilici, Vergi Hukuku (Vergi Usul Hukuku, Vergi Tahsil Hukuku, Vergi Yargı Hukuku), 53. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2022, (Vergi), s. 89; Özkök Çubukçu, Vergi Değeri, s. 134-136.

³⁰ Fazıl Aydın, "Emlak Vergisi Bildirimi", LYMD, S. 79, 2010, <https://mevbankneo.lebibyalkin.com.tr/>, (E. T.: 02.03.2024); Özkök Çubukçu, Vergi Değeri, s. 132; Mehmet Ali Özyer, Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 8. Baskı, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, İstanbul 2018, s. 1002; Bilal Can/Zübeyr Bülbül/Veyssel Dağaşan, Açıklamalı ve İçtihatlı Belediyelerde Emlak Vergisi Uygulaması, 2. Baskı, Türkiye Belediyeler Birliği Yayını, Ankara 2019, s. 532-533; Torun, s. 684.

³¹ Murat Batı, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 292-293.

de uygulanabileceği yolunda bizzat EVK muhtevasında herhangi bir ifadeye rastlanılmamaktadır. Bu sebeple bildirim usulünün geçerlilik taşıdığı süreçte emlak vergisi ile ilgili olarak vergi ziyai cezası kesilebilmesi mümkün değildir.³² Fakat Danıştayın sözü edilen yaklaşımı kanaatimizce yerinde değildir. Zira belli bir vergi açısından vergi ziyai cezasının uygulanabilmesi için o verginin düzenlendiği kanunda bu konuda açık bir hükme yer verilmesine lüzum bulunmamaktadır. Emlak vergisi VUK'a tabi bir vergi olduğundan, vergi suç ve kabahatleri ile cezaları bakımından VUK bünyesinde yer alan düzenlemelerin bu vergi açısından da tatbik olunabileceği tereddüt içermemektedir.³³ Dolayısıyla emlak vergisi açısından vergi ziyai cezasının kesilip kesilmeyeceğine yönelik değerlendirme yapılırken ilgili cezaya dair VUK hükümleri esas alınmalıdır. Bilindiği üzere vergi ziyai kabahatine, vergi ödevlerinin zamanında yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi dolayısıyla verginin eksik yahut geç tahakkuk etmesi ya da haksız yere geri verilmesi yol açmaktadır (VUK m. 341). Vergi yükümlüsü vergi değerini yükselten ve bildirimi gereken bir hadiseyi belediyeye zamanında bildirmez ya da lehine olacak şekilde hatalı bildirirse yani vergi ödevini gereği gibi yerine getirmese emlak vergisi olması gerekenden daha az ya da geç tahakkuk eder. Bu nedenle eksik veya geç tahakkuk olgusu dolayısıyla verginin ziyaa uğratılma hali ortaya çıkmış olur. Ayrıca ifade edilmelidir ki verginin ziyaa uğratılması, yalnızca beyanda bulunma ödevi dolayısıyla ortaya çıkmayabilir. Zira bu yönde bir hükme ne VUK ne de diğer vergi kanunlarında rastlanıl-

³² "09.04.2002 tarihinde yapılan değişiklik öncesi beyanname verilmemesi halinde vergi ziyai cezası kesileceği açık olarak belirtilmekte iken...yapılan değişiklikler sonucu...bildirimin süresinde verilmemesi durumunda...vergi ziyai cezası kesileceğine dair bir ibareye yer verilmemiştir...Bu durumda...idarece 2002 yılı ve sonraki yıllar için vergi ziyai cezası kesilmesi mümkün değildir." Bkz. Danıştay 9. Daire, T. 17.09.2012, E. 2009/2452, K. 2012/4613, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 03.02.2024); Benzer doğrultudaki kararlar için bkz. Danıştay 9. Dairesi, T. 26.05.2015, E. 2012/2649, K. 2015/5653, (Murat Batı, "Belediyeler, Gelir İdaresini de Arkalarına Alarak Hatalı Ceza Kesmeye Devam Ediyor", T24, 24.05.2023, <https://t24.com.tr/>, (Ceza), (E. T.: 02.02.2024); Danıştay 9. Dairesi, T. 25.09.2018, E. 2014/8534, K. 2018/5601, (Can/Bülbül/Dağışan, s. 538, dnp. 1219); Danıştay 9. Dairesi, T. 20.04.2021, E. 2020/288, K. 2021/2821, (Batı, Ceza, <https://t24.com.tr/>, (E. T.: 02.02.2024).

³³ Meriç Erdoğan, "Emlak Vergisi, Bildirim, Beyanname ve Vergi Ziyai Cezası", VSD, S. 420, 2023, s. 23-25.

maktadır. Bu gerekçeyle emlak vergisinin kendisine özgü işleyişinde EVK'nın 33. maddesinde ifade olunan ve bildirim gereken hususların zamanında veyahut doğru bildirilmemiş olması eksik veya geç tahakkuka sebebiyet vereceğinden vergi ziyayı cezasının uygulanması gereklilik arz etmektedir.^{34 35}

III. BİNA METREKARE NORMAL İNŞAAT MALİYET BEDELLERİ İLE ASGARİ ÖLÇÜDE BİRİM DEĞERLERİNİ TAKDİR EDEN İŞLEMLERİN DAVA KONUSU YAPILMASI

Bir önceki başlıkta da değinildiği üzere, emlak vergisi matrahının saptanmasında esas alınacak, binalar için metrekare maliyet bedelleri ile arsa ve araziler için asgari ölçüde birim değerlerinin takdir ve ilanı ile ilgili hükümlere VUK'un mükerrer 49. maddesinde yer verilmiştir. Mezkûr düzenlemede ayrıca bahsi geçen bedel ve değerlerin hangi kişi ya da kuruluşlarca, hangi yargı mercilerinde ve ne kadarlık bir süre içerisinde dava konusu yapılabilecekleri gibi yargılama boyutuna dair düzenlemelere de yer verilmiş bulunmaktadır. Nitekim düzenleme muhtevasında bina metrekare normal inşaat maliyet bedellerinin Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliğince Resmî Gazete'de ilanını takip eden on beş gün içerisinde Danıştayda dava konusu yapılabileceği ifade edilmiştir. Arsa ve arazilere ilişkin olarak takdir komisyonlarınca gerçekleştirilecek asgari ölçüde birim değeri takdirini içeren kararlara karşı ise, Anayasa Mahkemesince iptal edilmeden önce, yine aynı düzenleme çerçevesinde bu karar-

³⁴ Erdoğan, s. 23 vd.; Özyer, s. 991; Can/Bülbül/Dağışan, s. 533-540; Aydın, <https://mevbankneo.lebibyalkin.com.tr/>, (E. T.: 02.03.2024); Selçuk Turgay Azak, "Emlak Vergisi ve Vergi Ziyayı Cezası", MuhasebeTR, 13.03.2019, <https://www.muhasabetr.com/>, (E. T.: 02.02.2024); Aksi yöndeki görüşler için bkz. Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), 12. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2022, s. 123, dnp. 131; Mustafa Demircioğlu, "Emlak Vergisi İçin Vergi Ziyayı Cezası Kesilemez!", MuhasebeTR, 22.09.2021, <https://www.muhasabetr.com/>, (E. T.: 02.02.2024); Murat Batı, "Belediyeler 'Bildirimlerin' Yapılmamış Olması Nedeniyle Cezayı 'Yanlış' Mı Kesiyor", T24, 28.01.2022, <https://t24.com.tr/>, (E. T.: 02.02.2024); Batı, Ceza, <https://t24.com.tr/>, (E. T.: 02.02.2024); Aşçı Akıncı, Emlak Vergisi, s. 319-320; Torun, s. 684.

³⁵ Ancak belirtilmelidir ki, bildirimde bulunulmaması nedeniyle hem genel usulsüzlük hem de vergi ziyayı kabahati dolayısıyla yaptırım uygulanması gündeme geldiğinde VUK'un 336. maddesinin ilk fıkrası doğrultusunda bunlardan yalnızca tutar olarak en ağır olanına ilişkin cezanın kesilmesi ile yetinilecektir.

ların imza karşılığı tevdi edileceği kişi ve kuruluşlarca on beş günlük süre içerisinde vergi mahkemesinde dava açılabileceği kabul edilmiştir. Hükümün hemen devamında ise, vergi mahkemelerince verilecek kararlara karşı on beş günlük süre dahilinde Danıştaya başvurulabileceği öngörülmüştür.

Mükerrer 49. madde muhtevasında düzenlenen yargısal sürecin takdirin gerçekleştirildiği yılın sonuna kadar tamamlanabilmesi için her iki ihtimal için de yukarıda sözü edilenlerin yanı sıra, açılacak davalarda dosyanın davalının sunacağı tek savunma dilekçesi ile tekemmül edeceği ve yargı mercilerince davanın en geç bir ay içerisinde karara bağlanacağı da hüküm altına alınmıştır.³⁶ Bu gerekçeyle ki, düzenlemede arsa ve arazilere ilişkin asgari ölçüde birim değerlerinin yıl sonunda kesinleşeceği ve kesinleşen değerlerin geçerlilik taşıyacakları yılın başından Mayıs ayı sonuna kadar ilgili muhtarlık ve belediyelerde askıya çıkarılmak suretiyle ilan edilecekleri belirtilmiştir.³⁷

Düzenlemenin lafzı irdelendiğinde görülmektedir ki, her iki ihtimal açısından da dava açabilecekler noktasında kısıtlama yoluna gidilmiş³⁸ ve yükümlülerin haklarında tarh ve tahakkuk ettirilecek emlak

³⁶ Ozansoy, s. 13'ten aktaran Torun, s. 536; Bilal Can/Zübeyr Bülbül, "Arsa ve Arazi Takdir Komisyonu Kararları ve Bunlara Karşı Dava Açılması", *TAAD*, S. 14, 2013, s. 889; Burçin Bozdoğanoglu, *Vergileme ve Ceza Kesme İşlemlerine Karşı Başvuru Yolları (Ceza-Dava-Yargılama)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 208, dpn. 334; Mustafa Balcı, "Arazi ve Arsa Birim Değerlerine İlişkin Takdir Komisyonu Kararlarına Karşı Açılacak Davalarda Süre Aşımı Sorunu-1", *Vergi Algı*, 08.12.2022, <https://vergialgi.com/>, (Süre Aşımı Sorunu-1), (E. T.: 25.12.2023).

³⁷ Dolayısıyla ilgili işlemlere karşı açılacak davalarda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) ile benimsenenden farklı olarak hızlandırılmış bir yargılama usulünün tatbiki amaçlanmıştır. Bkz. Akın Gencer Şentürk, "Emlak Vergisine Esas Değerlerin Tespitine Karşı Bireysel Dava Açma Hakkının Kullanıl(ama)ması", 18.03.2010, <https://senturkhhb.com/>, (Dava Açma Hakkının Kullanıl(ama)ması), (E. T.: 25.12.2023); "...Kanun koyucu tarafından...ivedi bir şekilde özel bir yargılama usulü benimseyerek dava sürecinin yeni yıldan önce bitirilmiş olmasının amaçlandığı açıktır." Bkz. Danıştay VDDK, T. 15.02.2023, E. 2022/14, K. 2023/2, 28.04.2023 tarih ve 32174 sayılı Resmî Gazete.

³⁸ Öğretide bazı yazarlarca VUK'un mükerrer 49. maddesinde aslında dava açabilecekler yönünden kısıtlama getirilmediği, bunun yerine emlak vergisi yükümlülerinin yanı sıra hükümde sayılan kişi ve kuruluşlar tarafından da ve yine kanunda sınırlandırılmış süreler içerisinde dava açılabileceğinin belirtildiği savunulmuştur. Bkz. Akın Gencer Şentürk, "Emlak Vergisi Uygulamalarında Bireylerin Dava Açma Hakkı Vardır (Ya da Gecikmiş Bir Özür Yazısı)", *LYMD*, S. 81,

vergisini açısından esas alınacak takdir işlemlerine karşı yargı mercileri önünde hak arayabilme olanaklarının önüne geçilmiştir.³⁹ Fakat mükerrer 49. maddenin asgari ölçüde birim değerlerinin takdirine ilişkin kararlara karşı değinilen mahiyetteki kısıtlayıcı hükmü Anayasa Mahkemesi'nce 2012 yılında iptal edilmiştir.⁴⁰ Tabii ilgili hükmün Anayasaya aykırılığı daha önceki süreçte de Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir. Fakat o dönemde emlak vergisi beyan usulü çerçevesinde tarh ve tahakkuk edilmekteydi. Bu durumu dikkate alan Anayasa Mahkemesi, yükümlülerin takdir komisyonu kararlarına karşı her ne kadar kararın alındığı safhada dava açmalar da daha sonraki evrede yani (ihtirazi kayıtla ya da asgari ölçünün altında beyanda bulunmak suretiyle) tarh işlemine karşı açacakları davada mezkûr kararların da hukuka uygunluk denetiminden geçeceğini vurgulayarak dava açma hakkının ortadan kaldırıldığı iddiasını yerinde görmemiştir.⁴¹ Ancak beyan usulünün 2002 yılında kaldırılmasıyla birlikte Anayasa Mahkemesinin 1987 yılında vermiş olduğu karardaki gerekçe etkinliğini yitirmiştir. Zira artık yükümlüler ihtirazi kayıtla ya da as-

2010, <https://mevbankneo.lebibyalikin.com.tr/>, (Dava Açma Hakkı Vardır), (E. T.: 01.03.2024); Gök, s. 193; A. Bumin Doğrusöz, "Arsa Değerlerine Dava Hakkı", Dünya Gazetesi, 11.07.2017, <https://www.dunya.com/>, (Hak), (E. T.: 25.12.2023); Fakat yukarıda da değinildiği üzere, VUK'un mükerrer 49. maddesinin bütününe hâkim olan düşünce, takdirin gerçekleştirildiği yılın sonuna kadar ilgili takdir ve tespitlere ilişkin yargısal sürecin sona erdirilmesidir. Böyle olunca da ilgili hükümlerin değinilen şekilde yorumlanması kanaatimizce mükerrer 49. maddenin o günkü koşullarına uygun bulunmamaktadır.

³⁹ Bu durum öğretilerde haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz. Gülsen Güneş/Z. Ertunç Şirin, "Vergi Ödevlisinin Hakları", *VSD*, S. 197, 2005, s. 139-140; Şükrü Kızılot/Zuhal Kızılot, *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*, 18. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2010, s. 314; Hacıköylü/Heper, s. 7; "Yükümlülerden dava yeteneğinin esirgenmesi, Anayasal hak arama özgürlüğüne getirilmiş açık bir kısıtlamadır. Kısıtlama gerekçesi olarak, 5 - 6 milyon yükümlüye tanınacak hakkın kaosa yol açacağı mülahazası burada hakkın önüne geçemez. Başka bir anlatımla, hiçbir "pratik" mülahaza anayasal bir temel hakkı önceleyemez." Bkz. Kumrulu, *Emlak Vergisi*, s. 553.

⁴⁰ Bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 31.05.2012, E. 2011/38, K. 2012/89.

⁴¹ Bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 19.03.1987, E. 1986/5, K. 1987/7; Fakat o dönemki Danıştay kararlarında, Anayasa Mahkemesinin ret kararına esas aldığı bu gerekçenin aksine, tarh işlemine karşı açılacak davalarda söz konusu işleme dayanak yapılan komisyon kararlarının daha önce kesinleşmiş oldukları gerekçesiyle inceleme konusu yapılamayacakları görüşü hâkim olmuştur. Bkz. Şentürk, *Dava Açma Hakkının Kullanılması*, <https://senturkhhb.com/>, (E. T.: 25.12.2023).

gari ölçünün altında beyanda bulunarak haklarında gerçekleştirilecek tarh işlemine karşı dava açma olanağına sahip bulunamamaktadır.⁴² Bu sebeptendir ki ilerleyen süreçte Yüksek Mahkeme tekrar aynı konunun önüne gelmesi üzerine mevzu bahis düzenlemeyi Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.^{43 44}

Dolayısıyla bu karar sonrası takdir komisyonlarının asgari ölçüde birim değeri takdiri işlemlerine karşı açılacak davalarda ehliyet yönünden diğer iptal davalarında olduğu üzere menfaat ihlali kriteri baz alınacak⁴⁵ ve bahsi geçen işlemlere karşı artık menfaati ihlal edilen herkes dava açabilecektir.⁴⁶ Ancak ilgili bakanlıklarca binalar için tak-

⁴² Şentürk, Dava Açma Hakkının Kullanıl(ama)ması, <https://senturkhhb.com/>, (E. T.: 25.12.2023).

⁴³ "Emlak vergisi mükelleflerinin ödeyeceği verginin hesaplanmasında esas alınan takdir komisyonu kararları idari bir tasarruf olduğu için buna karşı mükelleflere yargı yolunun kapatılması, Anayasayla güvence altına alınmış olan hak arama hürriyeti ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır." Bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 31.05.2012, E. 2011/38, K. 2012/89.

⁴⁴ Mevzu bahis kısıtlamanın mükellef hakları açısından ciddi bir hukuka aykırılık taşıdığı hususunun uzunca bir süre her türlü zeminde dile getirilmesine rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin önüne oldukça geç götürüldüğü yönündeki eleştiri için bkz. Hakan Üzeltürk, "Anayasa Mahkemesi'nin Emlak Vergisi ile İlgili Kararı", *MHD*, C. 8, S. 95, 2012, s. 11.

⁴⁵ İdari yargılama hukukunda ehliyet konusunda objektif ve subjektif ehliyet şeklinde ikili bir tasnife gidilmektedir. İYUK'un 31. maddesinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yapılan atıf dolayısıyla iptal davası açılırken dava açacak kişi ya da kuruluşların dava ve taraf ehliyetlerine haiz olması gerekmekte ve sözü edilen ehliyetler objektif ehliyet başlığı altında değerlendirilmektedir. Bir de İYUK'un 2. maddesinden çıkarımsanan ve subjektif ehliyet olarak da adlandırılan ehliyet vardır ki bu da iptal davalarında menfaat ihlali kriterini ifade eder. Dolayısıyla idari yargı düzeninde iptal davası açılabilmesi için dava açan kişi ya da kuruluşun hem objektif hem de subjektif ehliyeti haiz olması gerekir. Aksi takdirde idari yargı mercii ilk inceleme aşamasında davayı ehliyet yönünden reddeder. Bkz. Gürsel Kaplan, "Danıştay Kararları ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet", *İÜHFİM*, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 349-350; Selami Demirkol, "İdari Yargılama Usulü'nde Ehliyet Olgusu", *İHİD*, C. 15, S. 1, 2012, s. 11 vd.; Zehreddin Aslan/İrfan Barlass/Kahraman Berk/Nilay Arat/Mutlu Kağıtçıoğlu/Şebnem Sayhan/Mehmet Akif Bardakçı/Gamze Gümüşkaya/Halil Altındağ, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Vergi Yargılaması Dahil), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 54-56; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 279 vd.

⁴⁶ Hüseyin Karakoç, "Vergi Yargılamasında Davacı Sıfatı", *LYMD*, S. 131, 2014, <https://mevbankneo.lebibyalikin.com.tr/>, (E. T.: 02.03.2024); Can/Bülbül, s. 887-

dir edilen inşaat maliyet bedellerine karşı açılacak davalar bakımından aynı şeyi söyleyebilmek mümkün değildir. Zira burada ehliyet yönünden getirilen kısıtlama mükerrer 49. madde muhtevasında varlığını devam ettirdiğinden, başka bir deyişle kanuni düzenleme kimliğini taşıdığından, yalnızca kanun koyucu tarafından ilga ya da Anayasa Mahkemesince iptal edilerek ortadan kaldırılabilir.⁴⁷

IV. TAKDİR KOMİSYONLARININ ARAZİ VEYA ARSALARIN ASGARİ ÖLÇÜDE BİRİM DEĞERLERİNİ TAKDİRE YÖNELİK İŞLEMLERİNE KARŞI AÇILACAK DAVALARDA KARŞILAŞILAN HUKUKİ SORUNLAR

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrası, emlak vergisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların yargısal çözümünde yeni hukuki sorunlar ortaya çıkmış⁴⁸ ve bunların nasıl giderileceği hususu uzun süredir vergi yargısının gündemini işgal etmiştir. Nitekim bu sorunlardan

888; Şenyüz/Yüce/Gerçek, Vergi, s. 356; Gök, s. 191; Doğrusöz, Hak, <https://www.dunya.com/>, (E. T.: 25.12.2023); Nuray Aşçı Akıncı, “Emlak Vergisi Takdir Komisyonları Kararlarına Karşı Dava Açma Hakkı (Taraf Ehliyeti ve Dava Açma Süresi Yönünden Bir Değerlendirme)”, *VSD*, S. 343, 2017, (Dava), s. 36; Osman Sarıaslan, Vergi Yargılama Hukukunda İlk İnceleme, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 74; Hasan Hüseyin Bayraklı, Vergi Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Celepler Matbaası, Trabzon 2020, s. 24; “...düzenlemenin iptal edilmesi ile birlikte verginin mükellefi olan bireylerin menfaatlerinin ihlal edilmesi halinde verginin tarh ve tahakkukuna dayanak olan asgari arsa m² birim değerlerinin belirlenmesine dair takdir komisyonu kararlarına karşı dava açma hakkının önünde herhangi bir yasal sınırlama bulunmadığı açıktır.” Bkz. Danıştay 9. Daire, T. 15.10.2014, E. 2014/8543, K. 2014/6206, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024).

⁴⁷ Turgut Candan, “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Emlak Vergisi Yönünden Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Çözümü”, 12.04.2014, <https://turgutcandan.com/>, (Emlak), (E. T.: 25.12.2023); Aşçı Akıncı, Dava, s. 32; Fakat buradaki kısıtlama da asgari ölçüde birim değeri takdiri işlemleri yönünden iptal edilen hükümdeki kısıtlamayla birebir benzerlik taşımakta ve hak arama özgürlüğünü ihlal etmektedir. Bkz. Burhan Ögütçü, “Emlak Vergisinde Vergi Değeri, Vergi Değerine İlişkin Davalar ile Dava Açma Süresi, Sürenin Başlangıcı, Davanın Açılabilmesi Son Tarih”, *İBD*, C. 91, S. 6, 2017, s. 48; Ayrıca subjektif dava ehliyeti yönünden oldukça daraltıcı bir tablonun ortaya çıkması sebebiyle hukuk devleti ilkesinden sapma halinin de vuku bulduğu ortadadır. Bkz. Oytun Canyaş, “Vergi Yargılaması Hukukunda Ehliyet”, *TAAD*, S. 19, 2014, s. 406-407; Dolayısıyla ilgili düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmesi halinde aynı gerekçe ile iptal edilmesi son derece olağan görünmektedir.

⁴⁸ Ozansoy, s. 13'ten aktaran Torun, s. 536.

dava açma süresine ilişkin olanı bakımından Danıştay kararları nezdinde ortaya çıkan farklı görüşler bölge idare mahkemesi kararlarına da sirayet etmiştir ki, bu kararlar arasındaki aykırılığın giderilmesi Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulundan (VDDK) talep edilmiş ve bunun üzerine de VDDK bu sorunu ele aldığı 2023 tarihli bir karar vermiştir.⁴⁹ Yine aynı yıl içerisinde VDDK, takdir komisyonu kararlarının kısmen iptalinin mümkün olup olmadığı hususunda da bölge idare mahkemesi kararları arasındaki aykırılığın giderilebilmesi amacıyla benzer mahiyette bir karar daha vermiş ve bu kararlar Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.⁵⁰ Ortaya çıkan sorunlardan yukarıda sözü edilen kararlara konu olanları takip eden alt başlıklarda detaylı olarak ele alınacaktır. Fakat bunlar dışında kalan bazı hukuki sorunlar bu başlık altında irdelenecektir.

Bu sorunlardan ilki, iptal edilen düzenlemede takdir komisyonu kararlarına karşı dava açabilecekleri belirtilen kişi ve kuruluşların güncel durumda da dava açıp açamayacaklarına ilişkindir. Öncelikle ifade edilmelidir ki, iptal kararından sonra da takdir komisyonu kararları ilgili kişi ve kuruluşlara imza karşılığı tevdi edilmeye devam olunmaktadır. Bu sebeple ilgili kişi ve kuruluşların da dava açabilmelerinin kabulü gerekir.⁵¹ Zira kararların imza karşılığı tevdiine devam ediliyor olması esasen mezkûr kararlardan onların da menfaatlerinin dolaylı bir şekilde etkilendiğinin kanun koyucu tarafından kabul edildiğini göstermektedir.⁵²

⁴⁹ Bkz. Danıştay VDDK, T. 15.02.2023, E. 2022/14, K. 2023/2, 28.04.2023 tarih ve 32174 sayılı Resmî Gazete.

⁵⁰ Bkz. Danıştay VDDK, T. 24.05.2023, E. 2023/1, K. 2023/3, 22.07.2023 tarih ve 32256 sayılı Resmî Gazete; Tabi bu kararların bağlayıcılığı konusunda idari yargılama usulü mevzuatında içtihadı birleştirme kararlarından farklı olarak herhangi bir hüküm ihdas edilmediğinden, değinilen kararlara konu olan uyumsuzlukların en azından Danıştay kurul ve daireleri açısından nihayete erdirilmediğini söyleyebilmek mümkündür. Bkz. Numan Emre Ergin, “Emlak Vergisinde Takdir Komisyonu Kararlarına Dava Açma Süresi”, *Ekonomim*, 09.05.2023, <https://www.ekonomim.com/>, (E. T.: 24.12.2023).

⁵¹ Can/Bülbül, s. 888; Özkök Çubukçu, Vergi Değeri, s. 161; Candan, Emlak, <https://turgutcandan.com/>, (E. T.: 25.12.2023); Gök, s. 192; Aşçı Akıncı, Dava, s. 36; Öğütçü, s. 39; Atiye Merve Işık, Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davalarda Ehliyet, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 209-210; Balcı, Süre Aşımı Sorunu-1, <https://vergialgi.com/>, (E. T.: 25.12.2023).

⁵² Candan, Emlak, <https://turgutcandan.com/>, (E. T.: 25.12.2023).

Diğer bir sorun ise, ehliyet yönünden kısıtlama getiren (ve iptal edilen) hükümden sonra gelen “*Vergi mahkemelerince verilecek kararlar aleyhine on beş gün içinde Danıştay’a başvurulabilir*” cümlesinin halihazırda nasıl tatbik olunacağıdır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, 6545 sayılı Kanun ile idari yargıda iki dereceli yargılamadan üç dereceli yargılamaya geçilmiş ve itiraz kanun yolu yerine istinaf kanun yolu ihdas edilmiştir. 20.7.2016 tarihinden itibaren fiilen uygulanmaya başlanan bu yeni düzende, istinaf kanun yolunun hükme bağlandığı İYUK’un 45. maddesindeki “*İdare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmüş olsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir*” hükmü dolayısıyla konuya dair vergi mahkemesi kararlarına karşı otuz günlük süre içerisinde istinaf mercii olan bölge idare mahkemesine başvurulması gerektiği açıktır.⁵³ Yukarıda sözü edilen on beş günlük süre ise istinaf mercii kararlarının temyiz edilmesi halinde geçerlilik taşıyacaktır. Zira VUK’un 49. maddesinde yer alan ve yukarıda alıntılanan düzenleme, İYUK’un temyiz kanun yolunu düzenleyen ve temyiz süresini otuz gün olarak belirleyen 46. maddesine nazaran özel hüküm mahiyetini taşımaktadır.⁵⁴

A. Dava Açma Süresinin Başlangıcı

VUK’un mükerrer 49. maddesinin takdir komisyonu kararlarına karşı dava açma ehliyetine sahip olanlar yönünden kısıtlama getiren hükmünün iptalinden sonra menfaati ihlal edilen herkesin dava açabileceği açık olmakla beraber, davanın hangi süreden itibaren ve ne kadarlık bir zaman dilimi içerisinde açılacağı hususunda kanuni bir boşluk hali ortaya çıkmıştır.⁵⁵ Zira iptal öncesi geçerli olan kanuni zeminde dava açma süresi dava açma ehliyetini haiz kişi ve kuruluşlar yönünden açıkça kurallaştırılmış idi. Nitekim ilgili kişi ve kuruluşlar

⁵³ Aşçı Akıncı, Emlak Vergisi, s. 338; Torun, s. 539-540; Balcı, Süre Aşımı Sorunu-1, <https://vergialgi.com/>, (E. T.: 25.12.2023).

⁵⁴ Candan, Emlak, <https://turgutcandan.com/>, (E. T.: 25.12.2023); Sarıaslan, s. 252.

⁵⁵ Özkök Çubukçu, Vergi Değeri, s. 154; Aşçı Akıncı, Dava, s. 32; Ögütçü, s. 27; “... söz konusu düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden sonra bu kararların mükelleflere tebliğine ilişkin bir düzenleme yapılmadığından mükellefler tarafından anılan takdir komisyonu kararlarının iptali istemiyle açılan davalarda dava açma süresi ile ilgili bir boşluk oluşmuştur.” Bkz. Danıştay VDDK, T. 15.02.2023, E. 2022/14, K. 2023/2, 28.04.2023 tarih ve 32174 sayılı Resmî Gazete.

takdir komisyonu kararları kendilerine imza karşılığı tevdi edildikten sonra on beş günlük süre içerisinde dava açabilmekteydi.

Fakat iptal sonrası ilgili kişi ve kuruluşlara yine imza karşılığı tevdi gerçekleştirilmekle birlikte emlak vergisi yükümlülerinin mezkûr kararlardan *dava açma süresini başlatır mahiyette* haberdar edilmesine başka bir deyişle tebliğ yahut ilan yoluyla bu kararların yükümlülere nasıl duyurulacağına yönelik açık herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Böyle olunca da ilgili kararlara karşı açılacak davalarda dava açma süresinin başlangıcı noktasında çok farklı tarihlerin belirlenebilmesi olasılığı ortaya çıkmıştır.⁵⁶

Bilindiği üzere, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargısal denetime tabi tutulabilmesi hem hukuk devleti idealine ulaşmada hem de hak arama özgürlüğünün etkin bir şekilde yaşama geçirilebilmesinde oldukça önemli bir konuma sahiptir.⁵⁷ Fakat idari istikrarın sağlanabilmesi zemininde kamu yararı, dava açılabilmesi noktasında belli bir süre kısıtının da kabulünü gerektirmekte, aksi takdirde sonsuza dek sürecek dava açılması tehdidi altında idarenin kamu hizmetlerini etkin bir şekilde yerine getirilebilmesi mümkün olamamaktadır.⁵⁸ Dolayısıyla dava açmanın belli bir süre ile kısıtlanması hak arama özgürlüğüne kamu yararı esas alınarak getirilmiş bir sınırlandırma mahiyetini taşımaktadır.⁵⁹ Bu durum sürenin uzunluğu ile başlangıcının

⁵⁶ Candan, Emlak, <https://turgutcandan.com/>, (E. T.: 25.12.2023).

⁵⁷ Lütfi Duran, "İdari Kazada Dava Açma Müddeti", *İHFM*, C. 11, S. 1-2, 1945, (Müddet), s. 238; Erol Çırakman, "İdari Davalarda Süre", *İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No 21*, Ankara 1976, s. 191; Celal Karavelioğlu/Erdem Cemil Karavelioğlu, Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. Baskı, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Ankara 2009, s. 383; Metin Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s. 255; Taner Ayanoglu, *Bireysel İdari İşlemlere Karşı Dava Açma Süresinin Başlangıcı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 3.

⁵⁸ Duran, Müddet, s. 238-239; A. Şeref Gözübüyük, "İdari Yargıda Dava Açma Süresi", *AİD*, C. 2., S. 4, 1969, (Süre), s. 3; Çırakman, s. 191; Yusuf Karakoç, *Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, Yetkin Yayınları*, Ankara 2000, (Süre), s. 18.

⁵⁹ Ramazan Çağlayan, "İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri", *AÜEHFD*, C. 9, S. 3-4, 2005, s. 17; Günday, s. 256; Müslüm Akıncı, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 177; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2023, s. 342.

taini noktasında her bir somut düzenleme özelinde hak arama özgürlüğü ile kamu yararı arasındaki dengenin korunması mecburiyetini de beraberinde getirmektedir.⁶⁰

Değinilen çerçevede yaklaşıldığında, mevzu bahis boşluğun doldurulması diğer bir ifadeyle takdir komisyonu kararlarına karşı ancak belli bir süre içerisinde dava açılabilmesinin kabulü gereklilik taşımakla beraber yürütülecek muhakeme neticesinde ulaşılan çözüm bağlamında hak arama özgürlüğünün de ihlal edilmemesi elzem bir nitelik taşımaktadır. Bu kapsamda takip eden alt başlıklarda öncelikle vergi yargısının konuya dair yaklaşımı ele alınacak ve akabinde bahsi geçen yaklaşım olması gereken hukuk perspektifinde değerlendirilerek çözüm önerisi getirilecektir.

1. Vergi Yargısının Konuya Dair Yaklaşımı

Dava açma süresinin uzunluğu açısından yaklaşıldığında, VUK'un mükerrer 49. maddesinde ehliyet yönünden kısıtlama getiren ve iptal edilen cümlenin içeriğinde ilgili komisyon kararlarına karşı on beş günlük bir süre dahilinde dava açılabilmesinin kabul edildiği, fakat iptal sonrası Danıştay kararlarında sürenin uzunluğunun tayininde konuya dair genel hüküm olan İYUK'un 7. maddesinin esas alınması gerektiğinin yeknesak bir şekilde benimsendiği görülmektedir. Dolayısıyla 7. maddede vergi mahkemelerinde açılacak davalar açısından otuz günlük süre kabul edildiği için, takdir komisyonu kararlarına karşı da iptal sonrası değinilen süre içerisinde dava açılabilir.^{61 62}

⁶⁰ Gözübüyük, Süre, s. 3.

⁶¹ "...iptal kararı esasen takdir komisyonu kararlarına karşı dava açabileceklerle ilgili olmasına rağmen, dava açma süresini içeren cümle tamamen iptal edildiğinden, takdir komisyonu kararlarına karşı açılacak davalarda...İdari yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinde yer alan yasal dava açma süresinin uygulanması gerekmektedir." Bkz. Danıştay 9. Daire, T. 09.06.2016, E. 2016/15550, K. 2016/5897, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024); Benzer yöndeki kararlar için bkz. Danıştay 9. Daire, T. 15.10.2014, E. 2014/8543, K. 2014/6206, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024); Danıştay 9. Daire, T. 24.11.2014, E. 2014/8943, K. 2014/8517, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024); Danıştay 9. Daire, T. 04.07.2019, E. 2019/3507, K. 2019/3436, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024); Danıştay VDDK, T. 15.02.2023, E. 2022/14, K. 2023/2, 28.4.2023 tarih ve 32174 sayılı Resmî Gazete.

⁶² Aynı süre, kendisine komisyon kararının tevdi edileceği kişi ve kuruluşlar açısından açılacak davalar bakımından da geçerlilik taşımaktadır. Bkz. Gök, s. 192;

Dava açma süresinin ne zamandan itibaren başlayacağı hususunda ise Danıştay içtihadının yerleşmiş olduğu görülmektedir. Danıştay emsalleşen içtihadında, mezkûr sorunun çözümünde VUK'un mükerrer 49. maddesi, EVK hükümleri ile emlak vergisinin genel özelliklerinden hareket etmektedir.⁶³ Bu noktada emlak vergisi matrahının saptanmasında esas alınacak maliyet bedeli ile asgari ölçüde birim değeri takdiri işlemlerine dair yürütülecek yargılamalara ilişkin hükümler içeren mükerrer 49. maddenin özel bir öneminin de bulunduğunu ifade etmek gerekir. Gerçekten de ilgili düzenlemenin inşasında başlangıçta birim değeri takdiri işlemlerine karşı açılacak davalarda belli kişi ve kuruluşlara dava açma ehliyeti tanınmış ve onların açacakları davalarda da süreç büyük ölçüde çabuklaştırılmaya çalışılmıştır. Nitekim takdirin geçerlilik taşıyacağı yılın başından altı ay önce dava açma ehliyetini haiz olanlara tebligatın gerçekleştirilmesi, dava açma ve temyiz sürelerinin on beş gün olarak tayin edilmesi, tek savunma dilekçesi ile dosyanın tekemmülü ve yargı mercilerince dosyanın tekemmülünden sonraki bir ay içerisinde karar verileceği yönündeki hükümler bu durumun göstergeleridir. Ayrıca mükerrer 49. maddede geçen "*Kesinleşen asgari ölçüde arsa ve arazi birim değerleri, ilgili belediyelerde ve muhtarlıklarda uygun bir yere asılmak suretiyle tarh ve tahakkukun yapıldığı yılın başından mayıs ayı sonuna kadar ilân edilir.*" hükmü de Danıştaya göre takdirin gerçekleştirildiği yılın sonuna kadar dava konusu yapılsın yahut yapılmasın birim değerlerinin kesinleşmesi, dolayısıyla yargısal sürecin tamamlanması gerektiğini göstermektedir. Bu nedenle Yüksek Mahkemeye göre, takdirin gerçekleştirildiği yılın sonuna kadar takdir komisyonu kararlarına karşı dava açılması zorunluluk arz eder. Aksi takdirde yani birim değerlerinin kesinleşmesinden sonra dava açılabilmesi artık mümkün olmayacaktır. Bu şekilde dava açılacak sürenin

Öğütçü, s. 41; Talha Apak, "Yeni Emlak Vergisi Değerlerinin Tespiti ve Dava Açma Hakkı", *LYMD*, S. 165, 2017, <https://mevbankneo.lebibyalkin.com.tr/>, (E. T.: 02.03.2024); Bozdoğanoglu, s. 208; Erdoğan Sağlam, "Emlak Vergisinde 4 Yıl İçin Geçerli Olacak Takdirlere Karşı Mükelleflerin Dava Açma Hakkı Var mıdır?", *T24*, 16.05.2021, <https://t24.com.tr/>, (E. T.: 25.12.2023); Balcı, Süre Aşımı Sorunu-1, <https://vergialgi.com/>, (E. T.: 25.12.2023).

⁶³ "...mükerrer 49. maddesinde yer alan hükümler, emlak vergisi ile ilgili yasal düzenlemeler ve emlak vergisinin özelliği gözönüne alınarak emlak vergisi mükelleflerinin hangi tarihe kadar dava açabilecekleri hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir." Bkz. Danıştay 9. Daire, T. 04.07.2019, E. 2019/3507, K. 2019/3436, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024).

sonunu tayin eden Danıştay, dava açma süresinin başlangıcı noktasında ise öğrenme tarihini esas almaktadır. Yüksek Mahkemeye göre kararın öğrenilmesi ise, herhangi bir surette gerçekleştirilebileceği gibi dava açma ehliyetine sahip olanlarca idareye yapılacak yazılı başvuruya verilen cevap ile de olabilmektedir.⁶⁴

Danıştayın bahsi geçen soruna dair emsal içtihadı böyle olmakla birlikte, karar içeriklerinde çok sayıda karşı oy yazıları ve 2023 yılında Resmî Gazete’de yayımlanan bölge idare mahkemesi kararları arasındaki aykırılığın giderilmesi yönündeki karara⁶⁵ kadar farklı yöndeki bölge idare mahkemesi kararları ile de karşılaşılmaktadır.

⁶⁴ “...mükerrer 49...maddede yer alan “kesinleşme” tabiri dava açılmayarak dava açma süresinin dolması ya da dava açılarak sonuçlanması anlamını taşıdığından, herhangi bir değer ya da bedelin kesinleşmesinden sonra değiştirilmesi kanunen ve hukuki mümkün olmayacaktır. Bütün bu hususların göz önüne alınması halinde Vergi Usul Kanunu’nun mükerrer 49. maddesiyle arsa ve arazi m2 birim değerleri yönünden davanın açılması vd. özel olarak düzenlendiğinden, maddede kesinleşen değerlerin ilanından bahsedilerek Kanun Koyucu tarafından verginin tahakkuk ettirildiği yılın başından önce vergi değerinin kesinleşmesi sağlanmak istenildiğinden ve belediyelerce kesinleşen bu değerler esas alınarak tarh ve tahakkuk yapıldığından, mükelleflerin takdir komisyonlarınca dört yılda bir belirlenen arsa ve arazi asgari m2 birim değerlerinin kesinleşmesinden önce idareye yapılan başvuru sonucu verilen cevaptan ya da herhangi bir şekilde öğrenildiği tarihten itibaren 2577 sayılı Kanun’un 7. maddesinde yer alan ve 30 gün olan genel dava açma süresi içerisinde söz konusu işlemin iptali istemiyle dava açmaları gerekmekte olup, sözü edilen değerlerin kesinleşmesinden sonra dava açma imkanı bulunmamaktadır. Emlak vergisi mükellefleri, takdir komisyonlarınca dört yılda bir belirlenen değerlere karşı kesinleştikten sonra veya kesinleşme ile tarh ve tahakkuktan önceki dönemlerde ya da verginin tarh ve tahakkukundan sonra açtıkları davalarda ilgili takdir komisyonu kararlarının iptalini isteyemeyeceklerdir.” Bkz. Danıştay 9. Daire, T. 24.11.2014, E. 2014/8943, K. 2014/8517, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024); “...en geç anılan kararın alındığı yılın son gününe kadar dava açabileceklerinin kabul edilmesi gerekmekte olup bu tarihten sonra dava açma imkanı bulunmamaktadır.” Bkz. Danıştay VDDK, T. 15.02.2023, E. 2022/14, K. 2023/2, 28.04.2023 tarih ve 32174 sayılı Resmî Gazete; Benzer minvaldeki kararlar için bkz. Danıştay 9. Daire, T. 15.10.2014, E. 2014/8543, K. 2014/6206, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024); Danıştay 9. Daire, T. 09.06.2016, E. 2016/15550, K. 2016/5897, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024); Danıştay VDDK, T. 23.12.2015, E. 2015/897, K. 2015/1002, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024); Danıştay VDDK, T. 10.02.2016, E. 2015/1033, K. 2016/165, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024); Danıştay VDDK, T. 14.12.2016, E. 2016/1008, K. 2016/1261, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024); Danıştay 9. Daire, T. 04.07.2019, E. 2019/3507, K. 2019/3436, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024).

⁶⁵ Bkz. Danıştay VDDK, T. 15.02.2023, E. 2022/14, K. 2023/2, 28.04.2023 tarih ve 32174 sayılı Resmî Gazete.

2. Değerlendirme ve Öneri

Danıştayın yukarıda değinilen içtihadında oldukça önemli iki saptamaya rastlanılmaktadır. Bunlardan ilki, takdir komisyonu kararlarına karşı dava açılmasında yargısal içtihat ile dava açma süresinin sonu bakımından sınır getirilmesidir. Zira emlak vergisi yükümlülere yıl sonuna kadar dava açmadıkları takdirde, hukuka aykırılık iddiaları yargı mercilerince dinlenmeyecektir. Diğeri ise, yükümlülere bu tarihe kadar dava açabilmeleri için ilgili kararın içeriğini öğrenme mecburiyeti yüklenmesidir. Nitekim dava açma süresinin başlangıcı açısından öğrenme tarihi esas alınmakta ve öğrenme olgusunun hiç olmazsa idareye yazılı başvuruda bulunulması sonucu verilecek yazılı cevapla gerçekleşeceği kabul edilmektedir. Eğer yükümlü yıl sonuna kadar komisyon kararının içeriğini öğrenmez ve dava açmazsa, daha sonra açacak olduğu dava sürecini nedeniyle reddedilecektir.

İçtihadın temelini meydana getiren bu saptamaların kabulü kanaatimizce dava açma süresine dair detayların belirlenmesinde dikkate alınması gereken, kamu yararı ile hak arama özgürlüğü temelindeki birey yararı arasındaki dengeyi ikincisi aleyhine fazlasıyla zedelemektedir.⁶⁶ Zira değinilen içtihadta, Anayasa ile güvence altına alınan⁶⁷ ve İYUK'un 7. maddesinde ifade olunan, dava açma sürelerinin bireysel idari işlemler açısından tebliğ, düzenleyici idari işlemler açısından ise ilan tarihini takip eden günden itibaren başlayacağı yönündeki kural⁶⁸ göz ardı edilmektedir. Bununla birlikte vurgulamak gerekir ki dava açma süresinin, işlemin muhataplarına tebliğ yahut ilan ile duyurulmaları üzerine başlıyor olması, doğrudan mahkemeye erişim hakkını

⁶⁶ Aşçı Akıncı da Danıştayın mevzu bahis yaklaşımı ile yükümlülerin mahkemeye erişim haklarını bertaraf ettiğini ve ayrıca değinilen yaklaşıma ulaşılmasını mümkün kılacak kanuni bir düzenlemenin de bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. Aşçı Akıncı, Dava, s. 40.

⁶⁷ Anayasanın 125. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir: "İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar."

⁶⁸ Ayrıca belirtmek gerekir ki bireysel idari işlemler tebliğ, düzenleyici idari işlemler ise ilan edilmeleriyle birlikte yürürlüğe girer. Bunun idare hukuku açısından taşıdığı anlam, ilgili işlemlerin ancak tebliğ yahut ilan edilmeleri üzerine o işlemlere muhatap olanlar nezdinde hüküm ve sonuç doğurabilmeleridir. Tebliğ ya da ilan gerçekleşmeden idari işlemlerin uygulanabilmeleri yani ilgililerine dermeyeran edilebilmeleri kural olarak mümkün değildir. Bkz. Kemal Gözler, İdare Hukuku C. I, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2009, (İdare), s. 1045 vd.; Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 516-519.

güvence altına alma gayesi taşımaktadır.⁶⁹ Başka bir deyişle, dava açma süresinin başlangıcında sözlü bildirim ya da öğrenme gibi mevcudiyetin saptanması güç ve keyfiliğe zemin hazırlayabilecek kriterler yerine bireysel idari işlemler için tebliğ ve düzenleyici idari işlemler için ilan kriterleri benimsenerek dava açma hakkının gereği gibi kullanılabilmesi özelinde bireylerin hak ve menfaatleri korunmaktadır.⁷⁰

Tam da bu noktada belirtmek gerekir ki, takdir komisyonu kararlarının ilgililerine *dava açma süresini başlatır mahiyette* nasıl duyurulacağına yönelik açık bir kanuni düzenlemenin bulunmaması esas itibarıyla mahkemeye erişim hakkı özelinde adil yargılanma hakkını zedeleyebilecek bir durumdur. Bu husus, hele ki Danıştayın emsal içtihadı da dikkate alındığında, bireysel başvuruya konu yapılacak olursa Anayasa Mahkemesi'nce değinilen gerekçe doğrultusunda ihlal kararı verilmesi hiç de şaşırtıcı olmayacaktır. Fakat belirtmek gerekir ki, değinilen eksiklik norm denetimi kapsamında Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülemeyecektir. Zira ortada Anayasa'ya aykırılık teşkil eden ve iptal edilebilecek kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle olunca ve idari yargı mercilerinin önlerine gelen uyuşmazlıkları çözüme bağlamalarının Anayasa'nın 36. maddesinin 2. fıkrası uyarınca zorunluluk taşıdığı da dikkate alındığında, mevcut boşluğun yargısal içtihat ile doldurulması kaçınılmaz gözükmektedir.

Fakat içtihat öyle inşa edilmelidir ki, kanuni düzenleme eksikliği nedeniyle ortaya çıkabilecek hak ihlali olasılığının önüne mümkün olduğu ölçüde geçilebilsin. Buna karşılık Danıştayın emsalleşen içtihadı, yukarıda sözü edilen saptamalar dolayısıyla, değinilen işlevden uzak görünmektedir.

Kanaatimizce bu işlevin sağlanabilmesi bakımından mevzu bahis boşluğun doldurulmasında hareket noktasını, Danıştay içtihadında ortaya konulanın aksine, sadece emlak vergisi mevzuatı oluşturmamalıdır. Zira dava açma süresi kurumuyla ilintili Anayasal hükümler ile

⁶⁹ Günday, s. 264.

⁷⁰ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III, 3. Bası*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1963; İsmet Giritli/Pertev Bilgen, *İdari Kaza (Ders Notları)*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1966, s. 54'ten aktaran Gürsel Kaplan, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Güncelleştirilmiş 2. Bası*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 163; Cihan Kanlıgöz, "İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim", *AÜHFĐD*, C. 40, S. 1, 1988, s. 173-174; Ayanoğlu, s. 8.

İYUK'un ilgili düzenlemeleri dikkate alınmadan salt VUK'un mükerrer 49. maddesinin tarihsel ve sistematik yorumuyla hareket edilmesi, yerinde olmayan neticelerin doğumuna sebebiyet vermektedir.

Danıştay içtihadında, yıl sonuna kadar dava açılabilceği yönündeki kabulün çıkış noktasını mükerrer 49. madde muhtevasında asgari ölçüde birim değerleri açısından geçen *kesinleşme* ibaresi oluşturmaktadır.⁷¹ Fakat kanaatimizce mezkûr ibareye Danıştay'ın izafe ettiği anlam mükerrer 49. maddede dava açma ehliyeti yönünden kısıtlama getiren cümlenin iptalinden sonra artık yüklenemez. Zira komisyon kararlarına karşı belli kişi ve kuruluşların genel dava açma süresinden daha kısa bir sürede dava açabilmeleri dolayısıyla yargılamanın çabuklaştırılmasına hizmet eden kural⁷² hukuk devleti ilkesi ile hak arama özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle hukuk düzeninden ayıklanmıştır. Dolayısıyla artık takdir komisyonu kararlarının yargısal denetiminde mükerrer 49. maddenin ilgili hükmünün iptali öncesinde geçerli olan işleyiş baz alınmamalı⁷³ ve bir sonraki fıkrada geçen "*Kesinleşen asgari ölçüde arsa ve arazi birim değerleri, ilgili belediyelerde ve muhtarlıklarda uygun bir yere asılmak suretiyle tarh ve tahakkukun yapıldığı yılın başından Mayıs ayı sonuna kadar ilân edilir*" cümlesine, ileride de değineceğimiz

⁷¹ "...mükerrer 49. maddesiyle arsa ve arazi m² birim değerleri yönünden davanın açılması vd. özel olarak düzenlendiğinden, maddede kesinleşen değerlerin ilanından bahsedilerek Kanun Koyucu tarafından verginin tahakkuk ettirildiği yılın başından önce vergi değerinin kesinleşmesi sağlanmak istenildiğinden ve belediyelerce kesinleşen bu değerler esas alınarak tarh ve tahakkuk yapıldığından, takdir komisyonlarınca dört yılda bir belirlenen arsa ve arazi asgari m² birim değerlerinin kesinleşmesinden sonra belediyelerce olağan dönemde oluşturulan takdir komisyonlarınca değer takdir edildikten sonra kesinleşen değerlerin yeniden oluşturulan takdir komisyonu kararı ile değiştirilmesi de mümkün değildir." Bkz. Danıştay 9. Daire, T. 09.06.2016, E. 2016/15550, K. 2016/5897, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024).

⁷² "Takdir komisyonlarının bu kararlarına karşı kendilerine karar tebliğ edilen daire, kurum, teşekküller ve ilgili mahalle ve köy muhtarlıkları on beş gün içinde ilgili vergi mahkemesi nezdinde dava açabilirler."

⁷³ Balcıya göre de kesinleşme ibaresi VUK'un mükerrer 49. maddesi uyarınca kendisine komisyon kararı tevdi edilen kişi ve kuruluşlar yönünden geçerlilik taşımakla birlikte, iptal kararı sonrası takdirin geçerlilik taşıyacağı yıl öncesinde bu kararların kendilerine tebliğ yahut ilan edilmediği yükümlüler açısından herhangi bir hüküm ifade etmez. Bkz. Mustafa Balcı, "Arazi ve Arsa Birim Değerlerine İlişkin Takdir Komisyonu Kararlarına Karşı Açılacak Davalarda Süre Aşımı Sorunu-2", *Vergi Algi*, 12.12.2022, <https://vergialgi.com/>, (Süre Aşımı Sorunu-2), (E. T.: 25.12.2023).

üzere, dava açma süresi kurumuna dair genel esas ve hükümler dikkate alınarak yeni bir anlam yüklenmelidir.

Peki takdir komisyonu kararlarına karşı açılacak davalarda sürenin başlangıcını hangi tarih meydana getirmelidir? Bu sorunun yanıtlanabilmesi için belki de en önemli saptamalardan olan, asgari ölçüde birim değeri takdiri işlemlerinin hukuki niteliği üzerinde durmak gerekir. Zira idari işlemin bireysel yahut düzenleyici olması, dava açma süresini başlatacak kriterde değişikliğe sebebiyet vermektedir. Gerçekten de dava açma süresi İYUK'un 7. maddesi uyarınca bireysel idari işlemlerde tebliğ, düzenleyici idari işlemlerde ise yayın tarihini takip eden günden itibaren başlamaktadır.

Düzenleyici idari işlemler idarenin genel, soyut ve kişilik dışı hüküm ihdas ettiği, başka bir deyişle kural koyduğu, bireysel idari işlemler ise mevcut kuralların somut durum veya olaylara tatbik edildiği işlemlerdir.⁷⁴ Düzenleyici idari işlemler genel ve kişilik dışıdır ki, ihdas edilen kuralın kapsam alanına giren kişi ya da nesnelere işlem metninde ismen zikredilmez.⁷⁵ Yine soyutlardır, çünkü belli bir kişi ya da nesneye özgü olmayıp, kural ile tayin edilen çerçeveye dahil olabilecek tüm durum ve olaylara uygulanabilir niteliktedir.⁷⁶ Ayrıca bireysel idari işlemlerden farklı olarak bir kez uygulanmakla tükenmezler. Böylece yürürlükte kaldıkları müddetçe süreklilik arz ederler.⁷⁷ Fakat bazı idari işlemler vardır ki ne tam manasıyla bireysel ne de düzenleyici idari işlem kategorisine

⁷⁴ Onur Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, (Yasallık), s. 167; Gözler, İdare, s. 666; Cem Ayaydın, İdare Hukukuna Giriş (II), Yenilik Basımevi, İstanbul 2008, s. 454, 467; Hasan Nuri Yaşar, İdare Hukuku (Genel Esaslar), 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2016, s. 344-345; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2020, (İdare), s. 349, 352.

⁷⁵ Gözler, İdare, s. 667; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, İdare, s. 350; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, (İdare), s. 316; Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, (Yargılama), s. 121-122.

⁷⁶ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, İdare, s. 352.

⁷⁷ Gözler, İdare, s. 667-668; Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 305; Ayaydın, s. 454; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, İdare, s. 352; Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan/Serkan Seyhan, İdare Hukuku (Teorik Çalışma Kitabı), 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 306; Çağlayan, İdare, s. 315-316; Candan, Yargılama, s. 122.

dahil edilebilir. Bu işlemler öğretide *ara işlem* olarak adlandırılmaktadır. Nitekim bu işlemler bazı özellikleri itibariyle bireysel, bazıları açısından ise düzenleyici idari işlemlere benzerlik göstermektedir.⁷⁸

Değinilen perspektiften yaklaşıldığında, asgari ölçüde birim değeri takdirini içeren işlemlerin de ara işlem vasfını taşıdıkları söylenebilir. Zira bu işlemler muhataplarının tek tek saptanmamış yani ismen zikredilmemiş olmaları dolayısıyla düzenleyici idari işlemlere benzemektedir. Gerçekten de arsalar açısından yaklaşıldığında her bir sokak, cadde, mahalle ya da bölgede yer alan taşınmazları kapsamına alacak şekilde birim değer takdiri yapılmaktadır.⁷⁹ Bu benzerlik hali, bir kez uygulanmakla tükenmemeleri dolayısıyla da ortaya çıkmaktadır. Zira gerçekleştirilen takdir, dört yıl boyunca emlak vergisinin hesaplanmasında esas alınmaktadır. Burada bir an için ilgili işlemin ne kadarlık bir süre zarfında geçerlilik taşıyacağından önceden belli olmasının süreklilik vasfı yönünden olumsuz bir etki meydana getirebileceği düşünülebilir. Fakat bir idari işlemin geçerli olduğu süre zarfında kapsadığı tüm hukuksal ilişkileri düzenlemeye devam ediyor olması süreklilik açısından yeterli görüldüğünden⁸⁰ bahsi geçen etkinin ortaya çıkmaması gerekir.

Fakat sözü edilen özellikleri dolayısıyla düzenleyici işlemlerle benzerlik gösterse de takdir komisyonu kararları ile kural getirilmediği, sadece matraha esas alınacak birim değerlerin rakamsal olarak tayin edildiği dikkate alındığında mezkûr işlemlerin bireysel idari işlemlere de benzerlik gösterdiğini ifade etmek gerekir. Bu sebeple ilgili kararların ara işlem olarak değerlendirilmesi daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.⁸¹ Peki ara işlem vasfını haiz idari işlemler, düzenleyici idari işlemlerin mi yoksa bireysel idari

⁷⁸ Gözler, İdare, s. 669-672.

⁷⁹ Gök, s. 185; Alican Mert, Türk Vergi Hukukunda Tarh, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 151-152.

⁸⁰ Karahanoğulları, Yasallık, s. 170; Düzenleyici idari işlemlerin uygulamada kalacakları sürenin işlem metninde gösterilmesinin süreklilik vasfını zedelemeyeceği yönünde bkz. Atay, s. 445.

⁸¹ Mert, s. 152; Fakat öğretide yaygın görüş ilgili kararların düzenleyici idari işlem vasfında oldukları yönündedir. Bkz. Candan, Emlak, <https://turgutcandan.com/>, (E. T.: 25.12.2023); Gök, s. 185; A. Bumin Doğrusöz, "Arsa Değerlerine Dava Hakkı (2)", *Dünya Gazetesi*, 13.07.2017, <https://www.dunya.com/>, (Dava Hakkı (2)), (E. T.: 25.12.2023); Aşçı Akıncı, Dava, s. 40; Torun, s. 538.

işlemlerin mi hukuki rejimine tabi olacaklardır? Öğretide bu konuya Conseil d'Étatın net bir yanıt vermediği, bazı kararlarında ilgili işlemleri bireysel, bazılarında ise düzenleyici idari işlem olarak kabul ettiği ve tabi olacakları hukuki rejimi bu şekilde belirlediği ifade edilmektedir.⁸²

Kanaatimizce asgari ölçüde birim değeri takdirine yönelik işlemler düzenleyici idari işlemlerin hukuki rejimine tabi olmalıdır. Zira emlak vergisinin yirmi milyon civarında yükümlüsünün bulunduğu⁸³ dikkate alındığında, ilgili kararların her bir yükümlüye tebliğ edilmesinden önce ilan edilerek duyurulmalarını beklemek çok daha rasyonel bir yaklaşım olacaktır.⁸⁴

Asgari ölçüde birim değeri takdiri işlemleri ile alakalı Danıştay kararları irdelendiğinde ise, Yüksek Mahkemenin mezkûr işlemleri dolaylı bir şekilde düzenleyici işlem olarak kabul ettiği görülmektedir. Zira mezkûr kararlarda asgari ölçüde birim değerlerini takdir eden komisyon kararlarının kısmen veya tamamen iptal edilmeleri halinde, iptal kararının sonuçlarından yalnızca dava açan kimsenin değil, aynı zamanda dava konusu arsanın bulunduğu sokak, cadde, mahalle ya da bölgedeki diğer arsalar dolayısıyla emlak vergisi yükümlüsü olan kimselerin de istifade edebilecekleri açıkça belirtilmektedir.⁸⁵ Bu durum esasen ilgili kararların düzenleyici işlem olarak kabul edildikleri

⁸² Gözler, İdare, s. 672.

⁸³ Bilici, Sistem, s. 213.

⁸⁴ Düzenleyici idari işlemlere daha yakın olmaları nedeniyle bahsi geçen işlemlerin hukuki rejimine tabi olmaları gerektiği görüşü için bkz. Mert, s. 154.

⁸⁵ "...aynı yer için daha önce açılan davalar sonucunda takdir komisyonu kararı iptal veya kısmen iptal edilmiş ise bunun neticelerinden aynı mahalle, cadde, sokak veya bölgede bulunan tüm emlak vergisi mükellefleri de yararlanacağından, diğer bir deyişle işlemlerin iptali ya da kısmen iptali aynı yer için dava açmayan diğer mükellefleri de etkileyeceğinden, Mahkemece taşınmazın bulunduğu yer için başka dava açılıp açılmadığı, açılmış ise vergi değerinin ne şekilde kesinleştiği hususu ile davacının tahakkuka ilişkin diğer iddialarının da araştırılması suretiyle yeniden karar verilmesi gerekmektedir." Danıştay 9. Daire, T. 04.07.2019, E. 2019/3507, K. 2019/3436, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024).

şeklinde yorumlanabilir.^{86 87} Dolayısıyla ister ara işlem isterse de düzenleyici idari işlem olarak kabul edilsin, takdir komisyonlarının asgari ölçüde birim değeri takdirine yönelik işlemlerinin duyurulmaları ve dava konusu yapılmaları yönlerinden düzenleyici idari işlemlerin hukuki rejimini esas almak gerekir. Böyle olunca da dava açma sürecinin tayini noktasında konuya dair genel hüküm mahiyetinde olan İYUK'un 7. maddesinin 4. fıkrasının üzerinde durulması gerekir. İlgili hüküm şöyledir: *"İlanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar. Ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler. Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz."*⁸⁸

⁸⁶ Ögütçü, s. 45; A. Bumin Doğrusöz, "Fahiş Arsa Değerlerine Karşı Dava Hakkı", *Ekonomim*, 06.07.2021, <https://www.ekonomim.com/>, (E. T.: 25.12.2023); Bu saptama çeşitli VDDK kararlarında tetkik hâkiminin düşüncesi kapsamında karar içeriklerinde de yer almaktadır. Örneğin bir VDDK kararında tetkik hâkimi konuyla ilgili şu yönde değerlendirmelerde bulunmuştur: "Bozma kararında ayrıca; davacıya ait taşınmazların bulunduğu cadde ve sokaklar için takdir edilen asgari arsa m² birim değerinin tespitine ilişkin takdir komisyonu kararı, daha önce başkaları tarafından açılan davalar sonucunda iptal veya kısmen iptal edilmiş ise bunun neticelerinden aynı mahalle, cadde, sokak veya bölgede bulunan ve dava açmayan diğer tüm emlak vergisi mükelleflerinin de etkileneceği ifadesine yer verilmiş...bu ifadeyle takdir komisyonu kararlarının düzenleyici işlem niteliğinde olduğu kabul edildiğinden..." Bkz. Danıştay VDDK, T. 14.12.2016, E. 2016/1008, K. 2016/1261, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024); Tetkik hâkiminin benzer yönde değerlendirmelerinin yer aldığı diğer VDDK kararları için bkz. Danıştay VDDK, T. 23.12.2015, E. 2015/897, K. 2015/1002, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024); Danıştay VDDK, T. 10.02.2016, E. 2015/1033, K. 2016/165, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024); Danıştay VDDK, T. 15.02.2023, E. 2022/14, K. 2023/2, 28.04.2023 tarih ve 32174 sayılı Resmî Gazete.

⁸⁷ Zira bireysel idari işlemlerin iptal edilmesi halinde iptal kararı sadece davanın taraflarını etkilemekte iken, düzenleyici idari işlemler açısından iptal kararının sonuçları o işlemin muhatabı olan herkes için geçerlilik taşımaktadır. Bkz. Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982*, s. 390.

⁸⁸ Bu yönde bir hüküm idari yargılama usulü mevzuatına dahil edilmeden önce Danıştay, düzenleyici idari işlemlere karşı dava açma süresi geçirilmiş olsa bile uygulama işlemine karşı dava açılacak süre içerisinde düzenleyici işlemlerin de dava konusu yapılabileceklerini kabul etmekteydi. Bu kabul daha sonraki süreçte kanuni dayanağa kavuşturulmuş bulunmaktadır. Bkz. A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 32. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, (Yargı), s. 411; Böyle bir kabulün haklı ve yerinde sebeplerinin olduğunu belirtmek gerekir. Zira düzenleyici idari işlemler soyut ve genel nitelik taşıdıklarından ilan edilir edilmez somut hukuki durum ve olaylara uygulanmayabilirler. Gerçekten de uygulama işlemi düzenleyici idari işleme karşı dava açma süresinin bitiminden çok sonra da tesis edilmiş olabilir. Bahsi geçen kabulün benimsenmemesi halinde, ileride tesis edile-

Hemen belirtelim ki, hükmün muhtevasında geçen uygulama işlemi çalışma konumuz itibariyle emlak vergisinin tarh edilmesi işlemidir.⁸⁹ Bu hüküm esas alındığında denilebilir ki, emlak vergisi yükümlüleri takdir komisyonlarının asgari ölçüde birim değerini takdir eden işlemlerine karşı dava açabilecekleri gibi daha sonra bu kararların uygulanması yani emlak vergisinin tarh edilmesi üzerine de komisyon kararlarına veya tarh işlemine yahut da her ikisine birden dava açabilirler.⁹⁰ Bu nedenle ilgili komisyon kararlarına karşı açılacak davalarda emlak vergisi tarhına karşı hangi tarihten itibaren dava açılabileceği hususu da oldukça önem arz etmektedir.

Tabi burada öncelikle takdir komisyonlarının ilgili kararlarına karşı açılacak davalarda dava açma süresinin başlangıcının hangi tarihe denk düşeceğini saptamak gerekir. İlgili komisyon kararları düzenleyici idari işlemlerin hukuki rejimine tabi olacağından, bunlara karşı açılacak davalarda ilan tarihinin baz alınması gerekir. Fakat daha önce de değinildiği üzere, VUK'un mükerrer 49. maddesinde ehliyet yönünden kısıtlama getiren hükmün iptalinden sonra ilgili komisyon kararlarının emlak vergisi yükümlülerine *dava açma süresini başlatır mahiyette* nasıl duyurulacakları konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat hemen belirtelim ki, ilgili komisyon kararlarının yükümlülere duyurulmasına yönelik mükerrer 49. maddede şöyle bir hükme yer verilmiştir: *"Kesinleşen asgari ölçüde arsa ve arazi birim değerleri, ilgili belediyelerde ve muhtarlıklarda uygun bir yere asılmak suretiyle tarh ve tahakkukun yapıldığı yılın başından mayıs ayı sonuna kadar ilân edilir."*

cek uygulama işlemine karşı dava açılıp bu işlemler iptal edilseler dahi asıl hukuka aykırılığı meydana getiren düzenleyici idari işlem hukuk düzeninde varlığını sürdürecektir. İdare de yürürlükte bulunan ve dolayısıyla kendisini bağlayan bu düzenleyici idari işleme dayanarak benzer mahiyetteki uygulama işlemlerini tesis etmeye devam edecektir. Böylece hukuka aykırılığın kökten çözümü imkânsız hale gelecektir. Bkz. Ali D. Ulusoy, İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 131-132.

⁸⁹ Candan, Emlak, <https://turgutcandan.com/>, (E. T.: 25.12.2023).

⁹⁰ Bu yönde bkz. Candan, Emlak, <https://turgutcandan.com/>, (E. T.: 25.12.2023); Doğrusöz, "Dava Hakkı (2)", <https://www.dunya.com/>, (E. T.: 25.12.2023); Gök, s. 194, 198-200; Aşçı Akıncı, Dava, s. 40; Balcı, Süre Aşımı Sorunu-2, <https://vergialgi.com/>, (E. T.: 25.12.2023); Mert, s. 153-154; Can/Bülbül de eserlerinde İYUK'un 7. maddesinin 4. fıkrasında sözü edilen uygulamadan bahsetmeler de benzer bir sonuca varmışlardır. Bkz. Can/Bülbül, s. 887.

Daha önce de ifade edildiği üzere, Danıştay mezkûr cümlede geçen kesinleşme ibaresini komisyon kararlarına karşı yıl sonuna kadar dava açılması gerektiği manasında yorumlamaktadır. Fakat kanaatimizce ehliyet yönünden kısıtlama getiren düzenlemenin iptali sonrası ilgili ibare işlevini kaybettiğinden⁹¹ yukarıda alıntılanan düzenlemenin yeniden yorumlanması gerekir. Düzenlemeye bakıldığında görülmektedir ki, asgari ölçüde birim değerleri takdirin geçerlilik taşıyacağı yılın başından itibaren ilgili yerlerde yayımlanmakta ve emlak vergisi yükümlüleri bu sayede mevzu bahis değerlerden haberdar olabilmektedirler. Böyle olunca da mezkûr ilanın yükümlülerce açılacak iptal davalarında dava açma süresini başlatacak ilan kriterini taşıyıcı mahiyette kabul edilebileceği kanaatindeyiz.⁹² Vurgulamak gerekir ki, değinilen yaklaşım Danıştay'ın emsal içtihadına nazaran hak arama özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanımını temin noktasında çok daha yerindedir.

Ayrıca belirtilmelidir ki öğretisi⁹³ ve yargı kararlarında⁹⁴ dava açma

⁹¹ Aynı yönde bkz. Balcı, Süre Aşımı Sorunu-2, <https://vergiyalgi.com/>, (E. T.: 25.12.2023).

⁹² Söz konusu ilanın dava açma süresinin başlangıcı açısından dikkate alınabileceği yönündeki görüşler için bkz. Candan, Emlak, <https://turgutcandan.com/>, (E. T.: 25.12.2023); Gök, s. 197-198; Sağlam, <https://t24.com.tr/>, (E. T.: 25.12.2023).

⁹³ Torun, s. 537; Süleyman Can, "Arsa Metrekare Birim Değerlerinin Tespitine İlişkin Kararlara Karşı Açılacak Davalarda Dikkat Edilmesi Gerekenler", 13.10.2022, <https://www.muhasabeddr.com/>, (E. T.: 25.12.2023); Mert, s. 153; Balcıya göre, güncel durumda komisyon kararlarına karşı dava açılması halinde dava açma süresinin başlangıcı noktasında iki tarihin esas alınabilmesi mümkündür. Bunlardan ilki, yukarıda sözü edilen ilanın gerçekleştiği, diğeri ise yükümlülerin komisyon kararlarından haberdar oldukları tarihtir. Haberdar olma olgusu ise yazara göre belediyece başvurulması üzerine belediyece verilecek yazılı cevap, yükümlünün böyle bir girişimi bulunmamakta ise fiili ödeme tarihidir. Yazara bu iki ihtimalden ikincisinin esas alınmasının hukuka daha uygun olduğu kanaatini taşımaktadır. Bkz. Balcı, Süre Aşımı Sorunu-2, <https://vergiyalgi.com/>, (E. T.: 25.12.2023).

⁹⁴ Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesi'nin T. 06.10.2022, E. 2022/299, K. 2022/526 sayılı kararında şu ifadeler yer verilmiştir: "...mükerrer 49. maddesinde, arsa ve arazi birim değerlerinin verginin tahakkuk edeceği yılın başından önce yargı yolu dahil kesinleştirilmesi amaçlanmış ise de bu süreçte ilan edilmeyen arsa veya arazi birim değerinin mükelleflere tebliğ de edilmemesi nedeniyle mükelleflerin, idareye başvuruları üzerine haberdar oldukları birim değerlerine karşı tebliğ veya öğrenme tarihinden itibaren otuz gün içerisinde dava açabileceklerinin kabulü gerekmektedir." Bkz. Danıştay VDDK, T. 15.02.2023, E. 2022/14, K. 2023/2, 28.04.2023 tarih ve 32174 sayılı Resmî Gazete; Bir karşı oy yazısında da benzer yaklaşım sergilenmiştir: "...Anayasanın 125. maddesinin 3'üncü fıkrasında idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim

süresinin başlangıcı noktasında öğrenme tarihinin ve bu konuda da fiili ödeme tarihinin esas alınması gerektiği de savunulmaktadır. Kanaatimizce böyle bir yaklaşım birey yararının korunması noktasında faydalı olsa da dava açma süresi kurumunun ihdasındaki kamu yararını zedeler mahiyettedir. Zira her ne kadar başlangıçta farklı bir işleve dönük olarak ihdas edilmişse de ilgili komisyon kararları takdirin geçerlilik taşıyacağı yılın başından itibaren yükümlülerin haberdar olmasını temin gayesiyle ilan edilmektedir. Mükerrer 49. maddenin iptal sonrasındaki yeni halinde ilgili ilan dava açma süresini başlatır mahiyette bir ilan olarak yorumlamak, dava açmanın belli bir süreyle sınırlandırılmasını gerektiren kamu yararının da göz ardı edilmemesini mümkün kılmaktadır.

Tabi mevzu bahis ilan takdirin geçerlilik taşıyacağı yılın başından mayıs ayı sonuna kadar ilgili belediye ve muhtarlıklarda asılı halde kalacağından, burada dava açma süresinin başlangıcının hangi tarihe denk düşeceği üzerinde durmak gerekir. Söz konusu ilan düzenleyici idari işlemlerin hukuki rejimine tabi olan takdir komisyonu kararlarının duyurulmasına yönelik olduğundan, her ne kadar askıda kalma hali belli bir süre ile sınırlandırılmış olsa da İYUK'un 7. maddesinin 4. fıkrasının ilk cümlesindeki *"İlanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar"* kuralı dolayısıyla dava açma süresi ilanın gerçekleştirildiği ilk günü izleyen günden itibaren başlamalıdır.⁹⁵

tarihinden başlayacağı hükme bağlanmış...İdari Yargılama Usulü Kanununun 8. maddesinde de sürelerin, 7. madde bağlamında tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağı ifade edilmiştir. Kimi hallerde ortada bir tebligat olmasa da tebliğin varlığı kabul edilerek (olayda olduğu üzere öğrenme üzerine) dava hakkının doğduğu ve dava açma süresinin başladığı kabul edilmektedir...Vergi Usul Kanunu'nun 49'uncu maddesi hükmü ile...arsa ve arazi metrekare birim değerlerinin, verginin tahakkuk ettirileceği yılın başından önce yargı yolu da dahil kesinleştirilmesi amaçlanmış ise de, mükelleflere arsa ve arazi metrekare birim değerlerinin ilanına veya imza karşılığında tebliğine ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda...arsa ve arazi metrekare birim değerlerine muttali olunan tarihten itibaren otuz gün içinde açılan davanın süresinde olduğunun kabulü gerekeceğinden..." Bkz. Danıştay VDDK, T. 14.12.2016, E. 2016/1008, K. 2016/1261, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024).

⁹⁵ Candan, Emlak, <https://turgutcandan.com/>, (E. T.: metrekare birim değerlerinin, verginin tahakkuk ettirileceği yılın başından önce yargı yolu da dahil kesinleştirilmesi amaçlanmış ise de, mükelleflere arsa ve arazi metrekare birim değerlerinin ilanına veya imza karşılığında tebliğine ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda...arsa ve arazi metrekare birim değerlerine muttali olunan tarihten itibaren otuz gün içinde açılan davanın süresinde olduğunun kabulü ge-

Peki takdir komisyonu kararları üzerine belediyelerce hesaplanan emlak vergisi esas alınarak gerçekleştirilecek tarh işlemleri ne zamandan itibaren dava konusu yapılabilir? Öncelikle ifade etmek gerekir ki, mezkûr işlemler kesin ve yürütülmesi gereken idari işlem mahiyetinde oldukları gibi beyana da dayanmamaktadır. Başka bir deyişle, yükümlülerin kendi beyanlarına karşı dava açamayacakları hükmü (VUK m. 378/2) burada geçerlilik taşımaz.⁹⁶ Bundan ötürüdür ki ilgili tarh işlemlerinin dava konusu yapılabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Fakat buradaki tarhiyat esas itibariyle VUK'un 20. maddesinde tanımlanan tarh işlemi kimliğini taşımakta ise de VUK'un 25 ila mükerrer 30. maddeleri arasında düzenlenen tarh yöntemlerinden belli noktalarda farklılıklar taşımaktadır. Bu durum esasen emlak vergisinin yapı ve işleyişinden kaynaklanmaktadır. Benzer bir durum EVK'nın 33. maddesinde sayılan sebeplerin mevcudiyeti halinde yükümlü tarafından yapılacak bildirim üzerine gerçekleştirilecek tarhiyatlar açısından da geçerlilik taşımaktadır.⁹⁷ Dolayısıyla ilgili tarhiyatlara karşı açılacak davalarda dava açma süresi açısından yapılacak değerlendirmeler re'sen, ikmalen tarhiyat ya da verginin idarece tarhındaki işleyişten farklılık taşımaktadır.

Buraya kadar sözü edilen üç farklı ihtimal bakımından dava açma süresinin başlangıcı noktasında Danıştayca ikili bir ayırım yapılmaktadır. Zira EVK'nın 11. ve 21. maddelerinin 2. fıkralarında, dört yılda bir yapılan takdirlerin ardından gerçekleştirilecek tarhiyatlar ile yükümlünün bildiri üzerine tesis edilecek tarh işlemleri noktasında tarhla birlikte tahakkukun da vuku bulacağı ve bu durumdan yükümlünün yazıyla haberdar edileceği⁹⁸ hüküm altına alınmıştır.⁹⁹ Fakat takdirin

rekeceğinden..." Bkz. Danıştay VDDK, T. 14.12.2016, E. 2016/1008, K. 2016/1261, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024).

Candan, Emlak, <https://turgutcandan.com/>, (E25.12.2023); Mutlu Kağıtçıoğlu, "IV. Vergi Hukuku Konferansı III. Oturum Soru Cevap Kısımındaki Konuşması", IV. Vergi Hukuku Konferansı (Genç Hukukçular/Yeni Yaklaşımlar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 217; Dava açma süresinin başlangıcı noktasında son ilan tarihini takip eden günün esas alınması gerektiği yönünde bkz. Gök, s. 209; Aşçı Akıncı, Dava, s. 41.

⁹⁶ Candan, Emlak, <https://turgutcandan.com/>, (E. T.: 25.12.2023).

⁹⁷ Erdoğan, s. 21; Değinen tarhiyatın beyan usulünün kaldırılmasından sonra kendine özgü bir şekle büründüğü görüşü için bkz. Gök, s. 179.

⁹⁸ Danıştaya göre, bu hüküm "...mükellef adına tarh edilen emlak vergisinin ödenmesinden önce mükellef tarafından öğrenilmesinin sağlanması amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir." Bkz. Danıştay VDDK, T. 13.11.2019, E. 2019/262, K. 2019/917, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024).

⁹⁹ "Bu suretle tarh olunan vergiler, tarh edilen tarihte tahakkuk etmiş sayılır ve mükellefe bir yazı ile bildirilir."

geçerlilik taşıyacağı yıldan sonra gerçekleştirilecek tarhiyatlar açısından böyle bir bildirim yapılacağı yönünde EVK'da herhangi bir hükme rastlanılmamaktadır. Böyle olunca da Danıştay ilk iki ihtimal açısından dava açma süresinin başlangıcında öncelikle ilgili yazının tebliğ edilip edilmediğini kıstas olarak almaktadır. Eğer belediye konuya dair tebligat gerçekleştirmişse, dava açma süresi tebliği izleyen günden itibaren başlayacaktır.¹⁰⁰ Aksi takdirde dava açma süresinin başlangıcı noktasında öğrenme tarihi esas alınacaktır. Yüksek Mahkemeye göre öğrenmenin vuku bulduğu tarih ise, emlak vergisinin ödendiği tarih olmaktadır.¹⁰¹ Diğer ihtimalde ise, yükümlünün tahakkuktan yazıyla haberdar edilmesi söz konusu olmadığından ve her yıl için vergi o yılın başında tahakkuk etmiş kabul edildiğinden,¹⁰² dava açma süresi bütçe yılının başından itibaren başlayacaktır.^{103 104}

¹⁰⁰ Bununla birlikte, söz konusu bildirim uygulamada gerçekleştirilmediği de ifade edilmektedir. Bkz. Aşçı Akıncı, Dava, s. 33; "...takdir komisyonlarınca dört yılda bir olmak üzere takdir edilen asgari birim değerleri esas alınarak belediyelerce hesaplanarak tarh olunan emlak vergisi uygulamada mükelleflere bildirilmemektedir. Bkz. Danıştay VDDK, T. 13.11.2019, E. 2019/262, K. 2019/917, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024).

¹⁰¹ "...dört yılda bir defa olmak üzere takdir işlemlerinin yapıldığı yılı takip eden bütçe yılında ve Emlak Vergisi Kanunu'nun 33. maddesinin (1) ile (7) numaralı fıkraları gereğince mükelleflerle bildirimde bulunulması gereken hallerde yapılan emlak vergisi tarhiyatına karşı açılacak davalarda dava açma süresinin, davalı belediye tarafından mükellefe emlak vergisi tarhiyatına ilişkin herhangi bir yazı tebliğ edilmiş ise bu yazının tebliğ tarihi dikkate alınarak hesaplanması, eğer belediye tarafından yazı tebliğ edilmemiş ise emlak vergisinin mükellef tarafından ödendiği tarih, yapılan tarhiyatı öğrenme tarihi kabul edilerek dava açma süresinin ödeme tarihinden itibaren başlatılması gerekmektedir." Bkz. Danıştay VDDK, T. 13.11.2019, E. 2019/262, K. 2019/917, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024).

¹⁰² "Yapılan tarh ve tahakkuku takip eden yıllarda, 29'uncu maddeye göre tespit edilen vergi değeri üzerinden hesaplanan arazi vergisi, her bütçe yılının başından itibaren o yıl için tahakkuk etmiş sayılır." Bkz. EVK m. 11/3 ve m. 21/3.

¹⁰³ "...dört yılda bir belediyelerce yapılan tarh ve tahakkuku takip eden yıllarda, 29. maddeye göre tespit edilen vergi değeri üzerinden hesaplanan emlak vergisi, her bütçe yılının başından itibaren o yıl için tahakkuk etmiş sayılmaktadır. Bu suretle tahakkuk eden vergiler mükellefe ayrıca tebliğ edilmeyecektir. Kanunen bütçe yılı başında tahakkuk etmiş olan emlak vergisi tahakkukuna karşı açılacak davanın, verginin tahakkuk etmiş sayıldığı bütçe yılı başından itibaren işlemeye başlayan otuz (30) günlük idari dava açma süresi içerisinde açılması gerekmektedir." Bkz. Danıştay VDDK, T. 13.11.2019, E. 2019/262, K. 2019/917, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 10.02.2024).

¹⁰⁴ Aynı minvaldeki başka bir karar için bkz. Danıştay 9. Daire, T. 08.10.2008, E. 2006/286, K. 2008/4478, (Şentürk, Dava Açma Hakkı Vardır, <https://mevbank-neo.lebibyalın.com.tr/>, (E. T.: 01.03.2024).

Buraya kadar sözü edilen hususları özetlemek gerekirse, emlak vergisi yükümlüleri düzenleyici işlemlerin hukuki rejimine tabi olan takdir komisyonu kararlarına karşı ilanlarını takip eden otuz günlük süre içerisinde dava açabilecekleri gibi, İYUK'un 7. maddesinin 4. fıkrası çerçevesinde uygulama işlemi mahiyetini taşıyan tarh işleminin tesisıyla birlikte yukarıda sözü edilen tarihlerden itibaren her iki işleme yahut bunlardan birine karşı da dava açma yoluna gidebilirler. Böyle olunca da takdir komisyonu kararlarına karşı dava açma süresini geçirseler dahi ileride tarh işlemine karşı dava açabilecekleri süre içerisinde bu kararları da tekrar¹⁰⁵ dava konusu yapabilirler.¹⁰⁶

Olması gereken hukuk açısından buraya kadar değinilen çerçeve doğrultusunda dava açılabilmesi mümkün olsa da Danıştayın emsal içtihadı ve kanuni düzenlemelerin giriftliği dikkate alındığında dava açma süresi özelinde emlak vergisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların yargısal çözümüne dair kanuni düzenleme ihdasına gidilmesinin gereklilik arz ettiğini vurgulamak gerekir.¹⁰⁷

B. Takdir Komisyonu Kararlarının Vergi Mahkemesince Kısmen İptal Edilip Edilemeyeceği

Bölge idare mahkemelerinin kararları arasındaki aykırılığın giderilmesi noktasında Danıştayın önüne gelen diğer bir uyuşmazlık, tak-

¹⁰⁵ Zira ilgili hüküm dolayısıyla düzenleyici idari işlemlerin her yeni uygulandığı anda binde dava hakkı (dolayısıyla dava açma süresi) yeniden doğmaktadır. Bkz. Kemal Gözler, "Düzenleyici İşlemlerde Dava Açma Süresinin Başlangıcı Konusunda Üçüncü Bir İhtimal", *ABD*, S. 3, 1998, s. 30; Karakoç, *Süre*, s. 71.

¹⁰⁶ Fakat hemen belirtelim ki, Danıştayın emsalleşen içtihadı dolayısıyla ilgili tarh işlemlerine karşı açılacak davalarda komisyon kararlarının hukuka aykırılığı ele alınamayacaktır. Bununla beraber söz gelimi emlak vergisinin hesaplanmasında kesinleşen birim değerlerinin daha yüksek bir tutardan dikkate alınmış olması gibi hukuka aykırılık iddiaları gündeme gelebilecektir. Veyahut da dava açan yükümlünün emlak için hesaplanacak emlak vergisinde baz alınan takdir komisyonu kararı başka bir yükümlünün açmış olduğu dava kapsamında kısmen ya da tamamen iptal edilmişse bu iptal hükmü, sadece tarh işlemine karşı dava açmış olan yükümlü açısından da sonuç doğuracağından, mezkûr davada ilgili emlake dair birim değerinin kesinleşmesinin beklenilmesi ve buna göre karar verilmesi gerekecektir. Bkz. Ögütçü, s. 44-45.

¹⁰⁷ Konuya dair kanuni düzenleme ihtiyacının nasıl olduğu öğretide de ifade edilmektedir. Bkz. Özkök Çubukçu, *Vergi Değeri*, s. 162; Doğrusöz, "Dava Hakkı (2)", <https://www.dunya.com/>, (E. T.: 25.12.2023); Ögütçü, s. 43; Kabakçı Karadeniz, s. 86; Sağlam, <https://t24.com.tr/>, (E. T.: 25.12.2023); Balcı, *Süre Aşımı Sorunu-2*, <https://vergialgi.com/>, (E. T.: 25.12.2023).

dir komisyonu kararlarına karşı açılan davalarda vergi mahkemelerince kısmen ret ve kısmen iptal şeklinde karar verilip verilemeyeceğine ilişkindir.

Meseleyi daha da açacak olursak, söz gelimi belli bir arsa açısından takdir komisyonunca takdir edilen değer yüz kırk birim olmasına karşılık, vergi mahkemesinin keşif ve bilirkişi incelemelerinden istifade ederek saptadığı değer seksen beş birim olsun. Böyle bir ihtimalde komisyon kararı bütünüyle mi iptal edilmeli, yoksa seksen beş birimlik kısım için kısmen ret, kalan kısım için ise kısmen iptal kararı mı verilmelidir?

Konuyla alakalı İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nin 3. Vergi Dava Dairesi, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kısmen ret ve kısmen iptal yönündeki kararı hukuka uygun bulmuş ve istinaf istemini reddetmiştir. Fakat benzer bir uyuşmazlıkta İstanbul Bölge İdare Mahkemesi'nin 7. Vergi Dava Dairesi iki ayrı argümana dayalı gerekçe doğrultusunda kısmen ret ve kısmen iptal kararı veren ilk derece mahkemesinin hükmünü hukuka aykırı bulmuştur. Gerekçeyi oluşturan argümanlardan ilki, takdir komisyonu kararlarının bölünebilir bir işlem niteliği taşımadığı, işlemin tümüne karşı dava açıldığı, kısmen ret ve kısmen iptal kararı verilmesi durumunda her emlakın bir değerinin bulunması sebebiyle dava açan kimsenin en baştan haksız kabul edilmesi gibi bir tablonun ortaya çıktığı, diğeri ise değinilen surette hüküm tesis edilmesinin birim değerinin doğrudan mahkemece tespit edildiği manasını taşıyor olmasıdır. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulu da aynı gerekçe doğrultusunda takdir komisyonu kararlarının tümüyle iptal edilmesi gerektiği kanaatini taşıyarak konuyu Danıştaya intikal ettirmiştir.¹⁰⁸

Danıştay VDDK ise, takdir komisyonu kararlarının bölünebilir olduğu, İYUK'un 20. maddesinde düzenlenen re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde vergi mahkemelerinin kısmen ret ve kısmen iptal şeklinde karar vermelerinin idari işlem niteliği taşımadığı gibi yerindelik denetimi kapsamına da girmediği ve hatta böyle hüküm tesis edilmesinin gereklilik arz ettiği yönünde karar vermiştir. Danıştaya göre, tak-

¹⁰⁸ Bkz. Danıştay VDDK, T. 24.05.2023, E. 2023/1, K. 2023/3, 22.07.2023 tarih ve 32256 sayılı Resmî Gazete.

dir komisyonu kararlarında mükellefiyet tesisi gibi işlemlerden farklı olarak parasal bir tutar saptandığından mezkûr işlem bölünebilir niteliktedir. *“Bu nedenle, ilgililerince kısmen dava konusu edilebileceği gibi yargı mercilerince de kısmen iptaline karar verilebilir.”* Ayrıca her ne kadar işlemin tümünün iptali talep edilmiş olsa da esasında takdir komisyonunca tespit olunan birim değerinin bir kısmının hukuka uygunluk taşıdığı davacılar tarafından da zımni olarak kabul edilmektedir. Yukarıda değinilen ilk argümana karşılık bu şekilde yanıt veren Yüksek Mahkeme, olması gereken birim değeri tutarının doğrudan mahkemece saptandığı argümanına ise İYUK’un 20. maddesinde hüküm altına alınan re’sen araştırma ilkesini gerekçe göstererek karşı çıkmaktadır. Nitekim Danıştaya göre, vergi mahkemesi keşif ve bilirkişi incelemelerinden istifade ederek birim değeri tutarının hukuka uygunluğunu denetlemekte ve bu şekilde hareket edilerek kısmen ret ve kısmen iptal kararı verilmesi mezkûr tutarın ilk elden mahkemece saptandığı yani idari işlem niteliğinde yargı kararı verildiği ya da idarenin takdir yetkisinin kısıtlandığı ve yerinelik denetimi yapıldığı manasını taşımamaktadır.¹⁰⁹

Karar muhtevasında tartışılan ikinci husus, vergi mahkemelerinin takdir komisyonu kararının tümünü iptalle yetinmeyip, işin esasına da girmesi ve olması gereken birim değeri tutarını saptayarak, saptanan kısım için ret ve kalan kısım için ise iptal kararı veriyor olmasının¹¹⁰ yargı kararı ile idari işlem mahiyetinde hüküm tesis edilmesine sebebiyet verip vermediğidir.

Bu mesele esas itibariyle uzun zamandır öğreti ve yargı kararlarında tartışılmakta¹¹¹ ve emlak vergisine esas metrekare birim değerinin takdiri dışında başka bazı önemli konularda da kendisini göstermektedir. Nitekim tarh işlemine karşı açılan davalarda idarece tayin edilen matrahın doğruluğunun değerlendirilmesi noktasında olması gereken matrah tutarının mahkemece saptanıp yukarıda değinildiği

¹⁰⁹ Bkz. Danıştay VDDK, T. 24.05.2023, E. 2023/1, K. 2023/3, 22.07.2023 tarih ve 32256 sayılı Resmî Gazete.

¹¹⁰ Ahmet Kumrulu, Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri (İşlev-Yapı-İlkeler-Nitelik), Betacopy, Ankara 1989, (Yargılama), s. 100, 278.

¹¹¹ Tartışmanın vergi mahkemelerinin kuruluşundan bu yana devam ettiği yönünde bkz. Recep Kaplan, “Vergi Davalarında Hâkimin Karar Verme Yetkisinin Sınırları”, *Vergi Dünyası*, S. 375, 2012, (Karar Verme), s. 91.

gibi kısmen ret ve kısmen iptal veyahut üç kat vergi ziyai cezası kesilmesi ihtimallerinde aslında bir kat kesilmesi gerektiği kanaatinde olan mahkemenin cezanın bir katı tutarı için kısmen ret ve kalanı için kısmen iptal kararı verip veremeyeceği¹¹² ve ibraz edilmeyen defter, kayıt ve belgelerin sonradan mahkemeye ibraz edilmeleri halinde bunların yargılama sırasında delil olarak kabul edilip edilemeyeceği¹¹³ doğrudan yukarıda değinilen meseleyle ilintilidir.^{114 115}

Hemen belirtelim ki, mahkemelerin idari işlem niteliğinde yargı kararı vermesi yasağı Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrası¹¹⁶ ile İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasında¹¹⁷ açıkça hükme bağlanmış bu-

¹¹² Hasan Dursun, "Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davaların Kuramsal Niteliğini Saptayabilmek", *TBBĐ*, S. 78, 2008, s. 281; Abdullah Ömercioğlu, "Vergi Mahkemesinin Vergi Kabahatleri Bakımından Kısmi Kabul İçeren İdari İşlem Niteliğindeki Kararları", *TBBĐ*, S. 128, 2017.

¹¹³ Yıldırım Taylar, "Vergi İncelemesi Sırasında İbraz Edilmeyen Defter, Kayıt ve Belgelerin Yargılama Aşamasında Vergi Yargısı Organlarına İbrazı", *DEÜHFD*, S. 20, 2018, s. 396-397; Bu mesele yakın bir tarihte Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu (İBK) tarafından çözüme kavuşturulmuştur. İçtihadı birleştirme kararı uyarınca defter, kayıt ve belgeler vergi incelemesi sırasında idareye ibraz edilmese de yargılama aşamasında vergi mahkemesine sunulabilecek ve sunulan bu defter, kayıt ve belgeler, idarece gerçekleştirilen tarh ve/veya ceza kesme işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde, idarenin konuya dair görüş ve saptamalarına da başvurularak, dikkate alınacaktır. Bkz. Danıştay İBK, T. 02.08.2019, E. 2013/3, K. 2019/1, 25.07.2019 tarih ve 30842 sayılı Resmî Gazete.

¹¹⁴ Barış Bahçeci, "Vergi Mahkemesinin Tarhiyat Tutarını Vergi İdaresi Yerine Belirlemesi", Cenker Göker/İdris Hakan Furtun/Cihat Öner/İnci Solak Akman/Tuğçe Akdemir (Ed.), Üçüncü Genç Vergi Hukukçuları Konferansı, Savaş Yayinevi, Ankara 2015, (Tarhiyat), s. 116 vd.

¹¹⁵ Ayrıca idarenin gerçekleşmemiş yahut hukuka aykırılık taşıyan bir sebebe dayanarak işlem tesis etmesine rağmen, vergi mahkemesinin somut olay özelinde hukuka uygun bir sebebin mevcudiyetini saptayıp, işlemin sıhhati açısından bu sebebi baz almak suretiyle, açılan davayı reddedip reddedemeyeceği hususu da bahsi geçen mesele bağlamında tartışılmaktadır. Bkz. Gamze Gümüşkaya, "Vergi Yargılaması Hukuku Bakımından İdari İşlemin Sebep Unsuruna İlişkin Sebep İkamesi", *BUHFD*, C. 16, S. 204, 2021.

¹¹⁶ "Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez."

¹¹⁷ "İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uy-

lunmaktadır. Dolayısıyla vergi mahkemesinin matrah yahut birim değerini rakamsal olarak saptayıp saptayamayacağı, saptayabileceğinin kabulü halinde ise olması gereken tutara hüküm fıkrasında yer vermek suretiyle kısmen ret ve kısmen iptal kararı verip veremeyeceğinin ilgili hükümler bağlamında ele alınması gerekir.¹¹⁸

Konuya dair Danıştay'ın yukarıda değinilen haricindeki kararları topluca ele alındığında her iki yönde de görüşe rastlanılmaktadır. Böyle bir yetkinin bulunmadığını kabul eden kararlarda genellikle idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi yasağı gerekçesinden hareket edilmektedir.¹¹⁹ Fakat vergi mahkemesinin matrahı saptayıp, fazlalık kısım için kısmen iptal yönünde karar verebileceğini savunan Danıştay kararlarında ise, idari işlem niteliğinde yargı kararına vücut verilmeyeceği kabul edilmekte ve bu konuda çeşitli gerekçelerden istifade edilmektedir. Bunlardan birisi, vergi uyuşmazlıklarının yargısal çözümünü konu alan vergi davalarının tam yargı davası¹²⁰ ya da sui generis bir dava¹²¹ niteliğinde bulunduğu ve bunlarda iptal davalarından fark-

gun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler.”

¹¹⁸ Konunun değinilen perspektiften tartışılması gerektiği yönünde bkz. Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 237; Yusuf Karakoç, Vergi Yargılama Hukuku, 5. Basıkı, Vergi Yargılaması Hukuku (Ders Kitabı), Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Yargılama), s. 218.

¹¹⁹ “...vergi idaresi tarafından yapılması gereken işlemlerin vergi mahkemesi tarafından yapılıp, sonucuna göre tarh matrahının belirlenmesi, İdari Yargılama Usulü Kanununun, idari yargı yetkisinin kullanımına çizdiği çerçeveye aykırıdır.” Bkz. Danıştay VDDK, T. 01.12.1989, E. 1989/29, K. 1989/120, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 29.04.2024).

¹²⁰ “Hükümlülerin ihbarname tebliği üzerine, işleme esas olan tespitlerin gerçeği ifade etmediği, istenen miktarın fazla olduğu yolundaki ya da benzeri iddialar ileri sürerek tarhiyatın tamamen veya kısmen kaldırılması dileğiyle açacakları davalar...tam yargı davalarındandır. Bu davalarda vergi mahkemesi çözüme ulaşırken, vergi idaresinin gerçekte yapması gereken işlemin ne olduğunu göstermesi yeterli olmayıp, haksızlığın varlığını saptamışsa bunun giderilmesi için gereken şeye de hükmetmesi gerekmektedir...bu uygulamanın idarenin yerine geçerek onun adına işlem yapması anlamına geldiği de söylenemez...” Bkz. Danıştay VDDGK, T. 08.04.1988, E. 1987/35, K. 1988/25, (Kumrulu, s. 211-212).

¹²¹ “Takdir komisyonlarınca tahmin ve takdir olunan matrahlara karşı vergi daireleri tarafından mahkemelerde açılan davalar idari yargıdaki iptal ve tam yargı davalarına benzerlik arz etmekle beraber kendine özgü ilkeleri bulunan ve bu dava türlerine benzemeyen tarafları da vardır...Bu davaların niteliği...göz önüne alınır, vergi mahkemelerinin...takdir komisyonu kararının iptali ile yetinme-

lı olarak yargıcın değinilen surette hüküm tesis etmesinin mümkün olduğudur.¹²² Diğeri ise, çeşitli kanuni düzenlemelerden yola çıkılarak vergi mahkemelerinin bahsi geçen şekilde hareket etmelerinin gereklilik arz ettiği'dir.¹²³ Son zamanlarda yaygın olarak kabul edilen diğeri bir gerekçe ise, İYUK'un 20. maddesinde düzenlenen re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde vergi mahkemelerinin matrah ve birim değerini bilhassa bilirkişiye başvurmak suretiyle saptamasının ve akabinde kısmen ret ve kısmen iptal şeklinde karar vermesinin idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi anlamına gelmediğidir.¹²⁴

yip daha ileri giderek anlaşmazlığı çözüme ulaştırmaları gerekir. Mahkemenin anlaşmazlığı çözmek için verdiği karar ise idarenin yerine geçerek karar verme anlamına gelmez...Vergi Mahkemesince bilirkişi tetkikatı yapılarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, idari mahkemelerin idari eylem ve işlem niteliğinde karar veremeyeceklerinden bahisle tarhiyatın tamamen terkininde isabet görülmemiştir." Bkz. Danıştay 7. Daire, T. 12.04.1985, E. 1984/3570, K. 1985/1039, (Danıştay Dergisi, S. 60-61, 1986, s. 333-335); Alıntılanan karar muhtevasında Danıştayın vergi davasını sui generis nitelikte bir dava olarak kabul ettiği yönünde bkz. Kumrulu, s. 223-226; Dursun, s. 279-280; Bahçeci, Tarhiyat, s. 131-133.

¹²² Vergi davalarının mahiyet itibariyle iptal veya tam yargı davalarından hangisine tekabül ettiğine yönelik tartışmaların özünde ilgili yasakla ilintili değerlendirmelerin bulunduğu yönünde bkz. Nihal Saban, Vergi Hukuku, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2021, s. 466.

¹²³ "...özellikle 2577 sayılı kanunun 28 inci maddesinin beşinci fıkrasında... yer alan hüküm, vergi davasının tarh edilen vergi ve kesilen cezanın miktarı konusunda da olabileceğini ve mahkemenin tarh edilen vergi ve kesilen ceza miktarını değiştirebileceğini göstermektedir." Bkz. Danıştay VDDGK, T. 08.04.1988, E. 1987/35, K. 1988/25, (Kumrulu, s. 195).

¹²⁴ Bazı alışları, hakkında sahte belge düzenleme fiili dolayısıyla vergi tekniği raporu tanzim edilen kişi tarafından düzenlenen belgelere dayandığı gerekçesiyle vergi dairesince kendisine *müeyyideli yazı* gönderilen bir yükümlü, ihtirazi kayıtlı düzeltme beyannamesi verdikten sonra idarece tesis edilen işlemlere karşı dava açma yoluna gitmiştir. Bu durum üzerine ilk derece mahkemesi iptal kararı vermiş, fakat Danıştay 4. Dairesi temyiz incelemesinde mahkemenin re'sen araştırma ilkesi doğrultusunda vergi tekniği raporu ve ilgili belgeleri getirterek yeniden inceleme yapması gerektiği gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Ardından ilk derece mahkemesi şu gerekçeyle ısrar kararı vermiştir: "Vergi yargısının görevi idarenin yerine geçerek inceleme elemanı gibi söz konusu incelemeleri yapmak değildir, böyle bir yetkisi de bulunmamaktadır. Vergi mahkemesi ancak idare tarafından yapılan bu incelemelerin ve varılan sonucun hukuka uygunluk denetimini gerçekleştirmekle ödevli ve yetkilidir. Aksi durumun kabulü, vergi mahkemesi tarafından hem bir idari işlem tesis edilmesi hem de bu işlemin denetlenmesi durumunu ortaya koyar ki bu durum hukuken mümkün değildir." VDDK ise önüne gelen bu uyuşmazlıkta şu gerekçe doğrultusunda ısrar kararını bozmuştur: "...re'sen araştırma ilkesinin düzenlendiği 20. maddesinin (1) numaralı fıkrası

Fakat tüm bu gerekçeler öğretide haklı olarak ikna kabiliyeti yüksek bir argümana dayanmadıkları için eleştirilmektedir.¹²⁵ İlk argüman açısından yaklaşırsak, vergi davaları somut uyuşmazlığa bağlı olarak bazen iptal bazen de tam yargı davası¹²⁶ mahiyetini taşımaktadır.¹²⁷ Matrah ya da birim değeri takdir ve tespitine yönelik işlemlerin hu-

uyarınca, idari yargı mercileri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki çözüme kavuşturulması açısından her türlü inceleme ve araştırmayı yapmak ve iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını tespit etmekle görevli ve yetkili kılınmıştır...indirim hakkından yararlanılabilmesi için fatura ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtması gerektiğinden, yargı mercince belirtilen şekilde yapılacak inceleme sonucunda faturaların gerçek bir mal teslimi veya hizmet ifasına dayanıp dayanmadığının tespit edilmesi vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin ortaya konulmasını amaçlayan Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesinin de bir gereğidir. Bu kapsamda idari yargı yerlerince resen araştırma ilkesi esas alınarak yapılacak yargısal denetimin idarenin yerine geçerek işlem tesis etme olarak değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır." Bkz. Danıştay VDDK, T. 11.03.2020, E. 2019/1853, K. 2020/291, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 06.05.2024).

¹²⁵ Kumrulu'ya göre, tüm bu argümanlar idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi yasağını aşabilme gayesi ile formüle edilmektedir. Fakat zorlama sonucu ortaya çıktıkları için yapay nitelik arz etmektedirler. Bkz. Kumrulu, Yargılama, s. 293, 295.

¹²⁶ Söz gelimi, vergi mahremiyeti ihlal edilen bir kimsenin uğramış olduğu zararın tazmini gayesiyle açacağı dava esas itibarıyla tam yargı davası niteliği taşır. Bkz. Serkan Acinöroğlu, "Vergi Davasının Hukuki Niteliği", *AÜİİBD*, C. 23, S. 3, 2009, s. 202-203; Ayrıca vergi ve/veya cezanın ödenmesinden sonra açılacak davalarda tarh ve/veya ceza kesme işleminin iptalinin yanı sıra haksız alındığı iddia olunan vergi ve/veya ceza tutarlarının iadesi de talep edilir ise iptal ve tam yargı davaları birlikte açılmış olur. Fakat İYUK'un 12. maddesinde ifade edildiği üzere, yükümlü mezkûr davaları ayrı ayrı açmayı da tercih edebilir. Bu takdirde davanın salt ilgili işlem ya da işlemlerin iptali talebiyle açılması halinde iptal, sadece haksız alındığı iddia olunan tutarın iadesi talebiyle açılması halinde ise tam yargı davasından söz edilir. Bkz. Turgut Candan, "Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar", *Danıştay Dergisi*, S. 54-55, 1984, (Vergi), s. 38-39; Kumrulu, Yargılama, s. 241-244.

¹²⁷ Candan, Vergi, s. 38 vd.; Kumrulu, Yargılama, s. 228 vd.; Selim Kaneti/Esra Ekmeççi/Gülşen Güneş/Mahmut Kaşıkçı, Vergi Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 477-478; Mehmet Tosuner/Zeynep Arıkan, Vergi Uyuşmazlıklarının İdari Aşamada Çözümü ve Türk Vergi Yargısı, Kanyılmaz Matbaacılık, İzmir 2014, s. 71; Şenyüz/Yüce/Gerçek, Vergi, s. 334; Bilici, Vergi, s. 218; Serkan Açar, "Vergi Davalarının Hukuki Niteliği", *TBB*, S. 62, 2006, s. 197; Mehmet Yüce, Vergi Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2023, s. 167-168; Mutluer/Dayanç Kuzeyli, s. 276-277; Bayraklı, s. 87-93; Soner Yakar, "6545 Sayılı Kanun ile İdari Yargılama Usulü Hakkındaki Kanunda Yapılan Değişiklikler Sonrası Vergi Davalarının Hukuki Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme", *MHD*, S. 187, 2020, s. 1891.

kuka aykırılığının iddia edilmesi halinde hukuka uygunluk denetimine tabi tutulan, tarh işlemi veya takdir komisyonu kararı olduğundan mezkûr davalar esas itibariyle iptal davası niteliğindedir.¹²⁸ Fakat bahsi geçen davalar özelinde tam yargı davası¹²⁹ ya da sui generis bir dava niteliği taşıdığı görüşü¹³⁰ savunulsa bile, idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi yasağı tüm idari davalar bakımından geçerlilik arz eder. Böyle olunca da dava türünün farklılaştırılması sözü edilen yasağın aşılmış aşılmadığı noktasında hukuki bir dayanak teşkil etmez.¹³¹

Diğeri, bazı kanuni düzenlemelerin değinilen surette hüküm tesis edilmesine cevaz verdiği yönündedir. Söz gelimi, İYUK'un 28. maddesinin 5. fıkrasındaki şu hüküm dayanak olarak kabul edilmektedir: *"Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir."* Fakat düzenlemenin ne lafzından ne de ruhundan vergi mahkemesinin olması gereken tutarı saptadıktan sonra hüküm fıkrasında bu tutara yer vererek kısmen ret ve kısmen iptal şeklinde karar verebileceği anlamı çıkmaktadır. Zira ilgili kuralda matrah ya da birim değerinin mahke-

¹²⁸ Kumrulu, Yargılama, s. 197; Uluatam/Methibay, s. 244; Sarıaslan, s. 40; Peki vergi mahkemesinin matrah veya birim değerini hesaplamak suretiyle işin esasına da girerek hüküm tesis ettiği ihtimallerde davanın niteliği ne olacaktır? Bu davalar özü itibariyle iptal davası niteliğini taşımakla beraber özellikle hüküm fıkrasında matrah veya birim değeri tutarına yer verilmesi ya da cezanın olması gerekenle değiştirilmesi ihtimallerinde, yargıcın sahip olduğu yetki dikkate alındığında tam yargı davasına yaklaşıldığı söylenilebilir. Fakat yine de burada iptal davası niteliğinin daha baskın olduğunu ifade etmek gerekir. Bkz. Kumrulu, Yargılama, s. 244-249; Değinilen ihtimallerde iptal davasından söz edileceği yönündeki görüşler için bkz. Açar, s. 297; Yüce, s. 168.

¹²⁹ Bu yöndeki görüşler için bkz. Gözübüyük, Yargı, s. 268; Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017, s. 838.

¹³⁰ Bu yöndeki görüşler için bkz. Karakoç, Yargılama, s. 218-219; Özgür Biyan, Vergi Hukuku, 3. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa 2022, s. 354; Turmangil'e göre, vergi davaları uyuşmazlığın niteliği baz alındığında iptal, hâkimin sahip olduğu yetki (iptalle yetinilmeyerek, matrahın da saptanması dolayısıyla) baz alındığında ise tam yargı davası niteliğini taşımaktadır. Yazar vergi davalarını, her iki dava tipine dair unsurları muhtevassında barındıran bu yapısını dikkate alarak, " karmaşık yargı türü" olarak değerlendirmektedir. Bkz. Civan Turmangil, "Vergi Davasının Hukuki Niteliği", *AÜHFD*, C. 39, S. 1, 1987, s. 154-155.

¹³¹ Lütfi Duran, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)", *AİD*, C. 21, S. 1, 1988, (Vergi Davaları (II)), s. 72; Kumrulu, Yargılama, s. 298-301; Dursun, s. 281-282; Bahçeci, Tarhiyat, s. 120.

me kararı esas alınmak suretiyle idarece tespit edileceği açıkça hüküm altına alınmış bulunmaktadır.¹³²

Son ve yaygın olarak başvuru alan argüman ise, vergi mahkemelerinin değinilen surette karar vermesinin re'sen araştırma ilkesinin bir gereği olduğudur. Fakat mezkûr ilke delillerin toplanması ve somut maddi olayın tespiti aşaması ile ilgili olduğundan,¹³³ bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Vergi mahkemesi hiç kuşkusuz bu ilke doğrultusunda her çeşit incelemeyi kendiliğinden yapabilir, fakat ilkenin mahkemenin nasıl hüküm tesis etmesi gerektiğiyle ilgili bir yönü bulunmamaktadır. Dolayısıyla meselenin çözümünde re'sen araştırma ilkesinin dayanak olarak kabul edilmesi yerinde bir yaklaşım değildir.¹³⁴

Bu noktada kısmen ret ve kısmen iptal şeklinde karar verilmesinin vergi alacaklısı ile yükümlüsü yönünden ortaya çıkardığı olumlu ve olumsuz neticeleri de ele almak gerekir. Vergi alacaklısı yönünden her ne kadar idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi yasağı lehe görünse de¹³⁵ somut mesele özelinde iki yönden olumlu neticenin doğduğunu belirtmek gerekir. Bunlardan ilki, hazinenin vergi alacağına daha çabuk kavuşması,¹³⁶ diğeri ise zamanaşımı tehdidinin ortadan kalkmasıdır.¹³⁷ Yükümlü yönünden ise hem olumlu hem de olumsuz

¹³² Duran, Vergi Davaları (II), s. 72; Kaplan, Karar Verme, s. 96; Bahçeci, Tarhiyat, s. 119.

¹³³ Bahtiyar Akyılmaz, "İdari Yargıda Hâkimin Hüküm Vermesi", Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 93, Ankara 2017, s. 166.

¹³⁴ Duran, Vergi Davaları (II), s. 73-74; Recep İbiş, Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2013, s. 125-126; Bahçeci, Tarhiyat, s. 122-127.

¹³⁵ Nitekim ilgili yasağın kurallaştırıldığı Anayasal ve kanuni düzenlemeler, idari yargı mercilerinin hukuka uygunluk denetiminin sınırını aştığı ve böylece idarenin takdir ve siyasetini denetlemiş olduğu yönündeki eleştirilerin yansımalarını teşkil etmektedir. Bkz. Onur Karahanoğulları, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları", Turgut Tan (Ed.), Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, (Vergi Davaları), s. 200.

¹³⁶ Duran, Vergi Davaları (II), s. 76; Ersin Nazal, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararı Verilemez' Kuralının Vergi Davalarına Uygulanabilirliği", *Vergi Dünyası*, S. 331, 2009, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E. T.: 05.05.2024).

¹³⁷ Candan, Vergi, s. 33; İbiş, s. 127; Bahçeci, Tarhiyat, s. 131; Hasan Oral, "Vergi Yargısında İdari İşlem Niteliğinde Karar ve İngiltere Deneyimi", Abdullah Tekbaş/Betül Hayrullahoğlu (Ed.), Anayasa Yargısı ve Maliye, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 174.

neticeler vuku bulabilmektedir. Nitekim olumlu olan, gerçek ya da gerçeğe en yakın vergi matrahının bizzat yargı organınca saptanması¹³⁸ ve tahakkuk edecek verginin daha erken bir zamanda saptanması dolayısıyla gecikme faizinin daha da artmayacak olmasıdır.¹³⁹

Olumsuz olan ise, tarh işlemi ya da emlak vergisine esas metreka-re birim değerini tespit eden takdir komisyonu kararına karşı açılan davada ilgili işlemler konu unsuru yönünden hukuka aykırılık taşısa da davacı konumunda olan vergi yükümlüsü her daim kısmen haksız çıkmaktadır. Böyle olunca da haksız çıktığı nispette dava masraflarına katlanması zorunluluk taşımaktadır. Fakat matrahın ya da birim değerinin belli bir kısmının hukuka aykırılığı iddiası ile dava açılmayacağı için¹⁴⁰ hukuka aykırı idari işlemin yargı yoluyla çözümünde diğer idari davalardan farklı olarak ekstra bir mali külfetle karşılaşılmaması mahkemeye erişim hakkı özelinde adil yargılanma hakkı yönünden eleştiriyeye açıktır. Hele ki dava masraflarına kıyasla yüksek olmayan matrah veya birim değeri tutarlarına karşı dava açılacağı zaman bu durum çok daha belirgin bir şekilde kendisini göstermektedir.¹⁴¹

Ayrıca belirtmelidir ki, değinilen surette yargısal karar verilmesi usul ekonomisi açısından da olumlu netice doğurmaktadır. Zira vergi mahkemesi matrah veya birim değerini saptamadan davayı iptal hükmüyle sonuçlandırır, idare tekrar matrah ya da birim değerini tespit edecek ve bu tespit hali de tekrardan dava konusu yapılacaktır. Böylece doğru matrah veya birim değeri tutarı saptanuncaya dek yargılama süreci devam edecektir.¹⁴²

¹³⁸ Bahçeci, Tarhiyat, s. 144; Barış Bahçeci, "Danıştay İçtihatlarına Göre, Resen Tarhiyat İşleminde Yapılan Matrah Tayininde Gerçeğe En Yakın Halin Bulunması İlkesi", A. Merih Öden/Levent Gönenç/Selin Esen/Ali Ersoy Kontakçı/Deniz Polat/Ali Erdem Doğanoglu (Yay. Haz.), Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan C. I, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 391, Ankara 2013.

¹³⁹ Tabii son durum gecikme faizi oranının güncel enflasyon oranına göre düşüklüğü karşısında tam tersi bir netice de doğurabilir.

¹⁴⁰ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 7. Vergi Dava Dairesinin T. 01.12.2022, E. 2022/4183, K. 2022/2152 sayılı kararı: "Dava konusu takdir komisyonu kararı... bölünebilir bir işlem niteliğinde bulunmamaktadır." Bkz. Danıştay VDDK, T. 24.05.2023, E. 2023/1, K. 2023/3, 22.07.2023 tarih ve 32256 sayılı Resmî Gazete.

¹⁴¹ Oral, s. 175-176; Numan Emre Ergin, "Danıştay'ın Emlak Vergisi ve AYM İptal Kararına İlişkin İki Kararı", *Ekonomim*, 22.08.2023, <https://www.ekonomim.com/>, (Emlak), (E. T.: 20.06.2024).

¹⁴² Kumrulu, Yargılama, s. 100; Aksi yönde bkz. İbiş, s. 126-127; Oral, s. 173-175.

Kanaatimizce vergi mahkemesinin matrah veya birim değeri tutarını tayin ettikten sonra hüküm fıkrasında hukuka uygun bulunduğu tutar için kısmen ret, kalan tutar için ise kısmen iptal yönünde karar vermesi idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi yasağına aykırılık teşkil eder.¹⁴³ Fakat vurgulamak gerekir ki, mahkemenin böyle yapmayıp, olması gereken matrah veya birim değeri tutarını saptadıktan sonra tarh işlemi ya da takdir komisyonu kararını tümüyle iptal etmiş olması halinde de benzer bir durumla karşılaşılır. Zira her ikisinde de hukuka uygunluk taşıyan tutarı aslında idare değil, mahkeme saptamış olmaktadır.¹⁴⁴ Bir an için mahkemenin hüküm fıkrasında iptal kararı vermekle yetinmesi ve karar içeriğinde olması gereken tutar yönünden tabiri caizse idareye yol göstermesinin ilgili yasağa aykırılık teşkil etmeyeceği düşünülebilir.¹⁴⁵ Fakat İYUK'un 28. maddesinin 5. fıkrası çerçevesinde konuya yaklaşıldığında böyle olmadığı görülebilmektedir. Nitekim ilgili hüküm uyarınca idare, mahkeme kararını esas alarak yeniden ihbarname düzenler ve yükümlüye tebliğ eder. Bu ihbarnamede (uygulamada iki no'lu ihbarname olarak isimlendirilmekte) yer alacak vergi tutarı mahkemece saptanmış olan tutardan

¹⁴³ Öğretilerde yaygın görüş bu doğrultudadır. Bkz. Candan, Vergi, s. 38; Duran, Vergi Davaları (II), s. 72 vd.; Kumrulu, Yargılama, s. 299; Kaplan, Karar Verme, s. 94; Kerem Canbazoglu/A. Eren Altay, "Vergi Davasının Kurumsal Niteliği ve Bunun Yansımaları Üzerine Bir İnceleme", Metin Günday/M. Artuk Ardicoglu/Metin Kayaçaglayan/K. Burak Öztürk/M. Ayhan Tekin Tekinsoy/H. Gökçe Zabunoğlu (Yay. Haz.), Prof. Dr. Yahya Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 316, Ankara 2011, s. 193; Mustafa Akkaya, "Vergi Yargısında Yargılama Süreçlerinin Yeniden Değerlendirilmesi", Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 83, Ankara 2013, s. 181; İbiş, s. 121 vd.; Bahçeci, Tarhiyat, s. 115 vd.; Mert, s. 244-246; Candan'a göre, idari yargı mercileri dava konusu işlemin hukuka uygunluğunu denetlerken maddi veya hukuki sebeplerin varlığını ya da doğruluğunu araştırma yetkisi kapsamında keşif veya bilirkişi incelemelerinden istifade ederek çeşitli tespitlerde bulunabilir. Fakat bu tespitler esas itibariyle inşa edilecek hükme varılmasını sağlayan dayanakları yani ulaşılabilecek yargının gerekçesini meydana getirir. Yoksa verilecek kararın hüküm fıkrasında söz konusu tespitlere yer verilmesi yargı merciinin idarece tesis edilecek işlem ile aynı neticeye sebebiyet verecek karar vermesi anlamına gelir. Bu da yürütülen yargılama sürecini tespit davasına dönüştürür ki idari yargıda böyle bir dava tipine yer verilmiş bulunulmamaktadır. Bkz. Candan, Yargılama, s. 346, 353.

¹⁴⁴ Kumrulu, Yargılama, s. 300.

¹⁴⁵ Bu yönde bkz. Nazal, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E. T.: 05.05.2024); Canbazoglu/Altay, s. 194; Oral, s. 161-162.

herhangi bir farklılık taşıyamaz.¹⁴⁶ Başka bir deyişle, işlem ister tümüyle iptal edilmiş isterse de hukuka uygun bulunan kısım için kısmen ret kararı verilmiş olsun, idare her halükârda mahkemece saptanan tutarı esas alacaktır.^{147 148}

İki ihtimal bakımından en önemli farklılık, ilkinde işlem tümüyle iptal edildiğinden geçmişe dönük olarak tamamen ortadan kalkar, fakat ikincisinde reddolunan tutarlık kısım için işlem varlığını devam ettirir. İlk ihtimalde, mahkeme kararı doğrultusunda gönderilen ihbarname bünyesinde tarh işlemi yeni bir idari işlem vasfını taşıırken, ikinci ihtimalde kısmen reddolunan kısım için gönderilen ihbarnamede o kısım açısından yeni bir işlemden söz edilemez. Zira bu kısım ile alakalı iptal kararı verilmediğinden mevcudiyeti, idarece henüz vergi davası açılmadan tesis edilen işlem bünyesinde devam etmektedir.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Aksi takdirde idare mahkeme kararını uygulamamış olur ki bunun da yaptırımını İYUK'un 28. maddesinin 3. fıkrasında idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açılabilmesi olarak ifade edilmiştir.

¹⁴⁷ "Vergi yargııcı...davanın esasına ilişkin kararlarında...tam yargı davasında verilecek hükmün edime ilişkin kısmını, iptal kararının gerekçe kısmına alabilir. Örneğin, "...iadesi gereken verginin alınmasına ilişkin işlemin iptaline"; ya da "aslında 100 birim olması gerekirken 80 birim olarak matrah takdirine ilişkin işlemin iptaline" karar verebilir...Tüm bu durumlarda, şeklen iptal davasına uyulmuş olur. Ama konunun özü değişmemiş olur...böyle formülasyon farklılıkları...kamuflej işlevini görür; yoksa, gerekçenin de bağlayıcılığı ilkesi karşısında idari eylem ya da işlem tesisi yaşayının dolanılması imkanını yaratmaz." Bkz. Kumru-lu, Yargılama, s. 300.

¹⁴⁸ Karahanoğulları'na göre, iptal yönündeki tüm kararlar inşai vasıf taşıdıklarından "olumsuz kuruculuk" niteliğini haiz bulunmaktadır. Pozitif düzenlemelerde idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemez denilirken kastedilen, mahkemenin "olumlu kuruculuk" niteliği taşıyan hüküm tesis etmesinin önüne geçebilmektedir. Yazara göre, vergi davalarında matrahın saptanması akabinde verilen kısmen iptal yönündeki kararlar "olumlu kuruculuk" niteliğini taşımaz. Zira idare kısmen iptal kararı sonrası matrahu yeniden hesaplayıp, yeni bir tarh/ceza kesme işlemi yapabilir. Fakat uygulamada idare böyle davranmayı, pratiklik sağladığı için, kısmen iptal kararına "olumlu kuruculuk" vasfı yüklemekte ve sonraki işlemlerini mezkûr karar üzerine inşa etmektedir. Bkz. Karahanoğulları, Vergi Davaları, s. 207-210; Aynı yönde bkz. Bayraklı, s. 96-97.

¹⁴⁹ Candan, Vergi, s. 32-33; İkinci ihtimalde yeni bir idari işlem tesisinin söz konusu olmadığı yönünde bkz. Metin Tekgündüz, "İdari Dava Türleri ve Vergi Davası", *Danıştay Dergisi*, S. 50-51, 1983, s. 58; İbiş, s. 124; Her iki ihtimalde de yeni bir işlem tesis edildiği yönünde bkz. Mahmut Kaşıkçı, "Vergi Hukukunda Yargı Kararları Üzerine Vergi İdaresi Tarafından Yapılan Bildirimlere Konu İşlemlerin Hukuki Niteliği ve Vergi Davasının Konusu Oluşturup Oluşturamayacağı Üzerine Bir İn-

¹⁵⁰ İki ihtimal açısından diğer farklılık ise, zamanaşımı yönünden ortaya çıkar.¹⁵¹ Fakat her iki ihtimalde de matrah mahkemece tayin edildiğinden, idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceği yasağı bağlamında herhangi bir farklılıktan söz edilemez.¹⁵²

Bununla birlikte ilgili yasak yönünden konu daha da derinleştirildiğinde görülmektedir ki, mahkeme matrahı saptamayıp, herhangi bir unsur yönünden hukuka aykırılık tespit ederek iptal kararı verdiğinde de idari işlem niteliğinde hüküm tesis etmiş olmaktadır. Zira iptal davası sonucunda verilen iptal yönündeki hükümler inşai vasıf taşımaktadır.¹⁵³ Böyle olunca da idari yargı alanında dava açan kimse lehine verilen kararların aslında doğaları gereği/yapıları itibariyle idari işlem mahiyetini taşıdıklarını söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁵⁴ Dolayısıyla ilgili yasak geniş yorumlanırsa idari yargı makamları karar veremez hale gelir ki,¹⁵⁵ bu düşünce hukuk devletini önceleyen bir

celeme", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 29-30, 2007, s. 44; Sarıaslan, s. 64.

¹⁵⁰ Danıştay, kısmen ret ve kısmen iptal yönündeki kararların ardından idarenin düzenleyip yükümlüye tebliğ edeceği iki no'lu ihbarnamenin bildirim niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Fakat buradaki işlemin dava konusu yapılar yapılamayacağı konusunda Yüksek Mahkemenin ayrıkısı kararları bulunmaktadır. Bkz. Kaşıkçı, s. 40 vd.; Belirtmek gerekir ki, vergi mahkemesi kararında matrah saptaması gerçekleştirilmesi ve idarece düzenlenen iki no'lu ihbarnamede farklı bir tutara yer verilmesi ihtimallerinde, ilgili işlemin dava konusu yapılamayacağını ifade etmek mümkün görünmemektedir. Ayrıca iki no'lu ihbarname gecikme faizi açısından bir no'lu ihbarname niteliğini taşımaktadır. Zira söz konusu faiz ilk kez bu safhada hesaplanmakta ve yükümlüden istenmektedir. Dolayısıyla gecikme faizi yönünden tarh aşaması yeni gerçekleşmektedir. Bu sebeple iki no'lu ihbarnamenin gecikme faizi ve ayrıca yargı harçları yönünden dava konusu yapılmasının da önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Bkz. A. Bumin Doğrusöz, "İki Numaralı İhbarname ve Dava Yolu", *Dünya Gazetesi*, 10.03.2016, <https://www.dunya.com/>, (E. T.: 05.05.2023).

¹⁵¹ Tekgündüz, s. 57.

¹⁵² Kumrulu, Yargılama, s. 300.

¹⁵³ Kumrulu, Yargılama, s. 297-298; Karahanoğulları, Vergi Davaları, s. 204.

¹⁵⁴ Karahanoğulları, Vergi Davaları, s. 201-203; Yargı kararı ile idari işlem arasındaki temel fark, bunlara karar veren mercii ve karar verilirken izlenen (yargısal-idari) süreç/usul bağlamında ortaya çıkmaktadır. Bkz. Karahanoğulları, Vergi Davaları, s. 201-203.

¹⁵⁵ Kumrulu söz konusu çatışma hali açısından aynen şöyle demektedir: "Bu çatışma kaçınılmazdır. Bunun ortaya çıkmaması için iki yol düşünülebilir: Ya tümüyle idari yargı rejiminden vazgeçilir; ya da anılan kısıtlayıcı düzenlemelerden feragat edilir." Bkz. Kumrulu, Yargılama, s. 298; Ayrıca bkz. Karahanoğulları, Vergi Davaları, s. 203-204.

bakış açısıyla kabul edilemez.¹⁵⁶ Bu nedenle mezkûr konu bağlamında dar bir bakış açısının benimsenmesi kaçınılmaz görünmektedir.

Söz gelimi, Danıştay kararlarında da ifade edildiği üzere, idarece saptanan matrah veya birim değeri tutarını aşacak surette karar verilmesinin değinilen yasak kapsamında görülmesi¹⁵⁷ bu noktada savunulabilir.¹⁵⁸ Peki vergi mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta matrah ya da birim değeri tutarını saptaması bakımından meseleye nasıl yaklaşılmalıdır? Kanımızca matrah veya birim değeri tutarının mahkemece hesaplanması tarh işlemi ya da takdir komisyonu kararının konu unsuru yönünden hukuka uygunluk denetimine tabi tutabilmesi için çoğu zaman zorunluluk taşır.¹⁵⁹ Çünkü vergi tutarı veya arsaya dair metrekare birim değeri ilgili işlemlerin konu unsuruna dahil bulunmaktadıdır.¹⁶⁰ Böyle olunca da aksi yöndeki bir kabul, rakamsal değeri içeren idari işlemlerin konu unsuru yönünden hukuka uygunluk denetimine tabi tutulamayacağı anlamına gelir ki bu da idari eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin kısıtlanması manasını taşıyacağından hukuk devleti ilkesini ihlal eder.¹⁶¹

¹⁵⁶ İdarenin yargısal denetimi ile hukuk devleti ilkesi arasındaki yakın ilişki için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, "Hukuk Devleti İlkesinin Gereklileri ve İdari Yargının Önemi", 154. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 114, Ankara 2022, s. 48 vd.

¹⁵⁷ Yılmaz Özbacı, Vergi Davaları, Oluş Yayıncılık, Ankara 2010, s. 71.

¹⁵⁸ Atilla Budak, "Re'sen Araştırma İlkesinin Bilirkişilik Müessesesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Vergi Dünyası*, S. 301, 2006, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E. T.: 24.05.2024); Bahçeci, Tarhiyat, s. 130.

¹⁵⁹ Karahanoğulları, Vergi Davaları, s. 206; Eda Öz diler, "Vergi Yargısının Görev Alanı", Ertuğrul Akçaoğlu/İnci Solak Akman (Ed.), Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan C. II, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 243, Ankara 2009, s. 1096-1097; Nazal, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E. T.: 05.05.2024); Oral, s. 161; Nitekim idarece gerçekleştirilen sınavlar dolayısıyla açılan davalarda sınav sonuçları bakımından idare mahkemelerince yapılan denetim de sınav işleminin konu unsuru yönünden cereyan etmekte ve mahkemece olması gereken sınav sonucu bilirkişi incelemesi sonucunda tespit edilmektedir. Bkz. Karahanoğulları, Vergi Davaları, s. 207-209.

¹⁶⁰ Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker, s. 115; Candan, Yargılama, s. 342; Uğur Yiğit, Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 216.

¹⁶¹ İdari yargı mercilerince verilen hükümlerin etki ve sonuçlarının ilgili yasak dolayısıyla kısıtlanmasının hukuk devleti ilkesine aykırılık taşıyacağı yönünde bkz. Turan Yıldırım, "Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu", *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, C. 1, S. 2, 2004, s. 7, <https://www.insanbilimleri.com/>, (E. T.: 04.05.2024).

Ancak hemen belirtelim ki, vergi idaresi zanaşımının dolmasına az bir süre kaldığı ya da iş yükünün yoğunluğu gerekçesiyle, somut tespitlere dayanmaksızın, soyut ve varsayım dayalı genel ifadelerle matrah takdirine¹⁶² gidebilmektedir.¹⁶³ Böyle durumlarda mahkemenin artık matrah araştırmasına/saptamasına girişmemesi gerekir. Zira idare bu şekilde davranmak suretiyle zaten hukuka uygun hareket etmemiş olmaktadır. Mahkemece bu tespitin ardından matrah saptanması halinde aslında idarece yapılması gereken inceleme ve matrah saptaması doğrudan mahkemece yapılmaktadır. Bu da yerinde olarak mahkemenin idarenin yerine geçtiği eleştirilerine yol açmaktadır.¹⁶⁴ Fakat idare somut tespitlere dayalı matrah veya birim değeri saptaması gerçekleştirmiş ise mahkeme saptanan tutarların, dolayısıyla konu unsurunun hukuka uygunluğunu bilhassa bilirkişi incelemesinden istifade etmek suretiyle saptanacak tutarla karşılaştırarak¹⁶⁵ değerlendirecektir. Dolayısıyla matrah veya birim değerinin mahkemece saptanmasının zorunluluk taşımadığı mezkûr hallerde de mahkemenin matrah saptamasına yönelmesi değinilen yasak kapsamında görülebilir.¹⁶⁶

Fakat yukarıda da değinildiği üzere, dava masrafları yönünden yükümlü aleyhine ortaya çıkabilecek adil yargılanma hakkı ihlallerinin de önüne geçilebilmesi için işlemin tümüyle iptal edilmesinin daha

¹⁶² “...Türk vergi sisteminde genel kanaate ve varsayım dayalı olarak vergilendirme yapılması mümkün bulunmamaktadır. Vergi Usul Kanunu’nda usul ve esasları belirtilen tarh şekilleri uygulanarak gerçek veya gerçeğe en yakın biçimde vergiyi doğuran olayın ortaya çıkarılabilmesi için somut kanıtların ortaya konulması zorunludur.” Bkz. Danıştay 9. Daire, T. 17.06.2019, E. 2015/3859, K. 2019/2597, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (E. T.: 23.05.2024).

¹⁶³ Vergi mahkemeleri konu unsuruna ilişkin değerlendirmeleri sırasında esasen iki şekilde hareket edebilir. Bunlardan ilkinde, vergi idaresi matrahu somut tespitler çerçevesinde değil de soyut ve varsayım dayanan genel ifadelere başvurmak suretiyle saptadığı için mahkeme vergiyi hesaplama yoluna gitmeyerek işlemi tümüyle iptal edebilir. İkincisinde ise, ilk ihtimalde sözü edilen durumlarda ya da somut tespitlere dayanan bir matrah saptaması karşısında olması gereken tutarı bizzat kendisi hesaplayarak hüküm tesis edebilir. Bkz. Karahanoğulları, Vergi Davaları, s. 206; Nazal, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E. T.: 05.05.2024).

¹⁶⁴ Bu yönde bkz. Duran, Vergi Davaları (II), s. 73; Bahçeci, Tarhiyat, s. 131 vd.

¹⁶⁵ Oral, s. 168.

¹⁶⁶ Mehmet Sönmez, “Vergi Davasında Re’sen Araştırma İlkesi ve Yargılama Sürecine Etkisi”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 83, Ankara 2013, s. 266-267.

yerinde olduğunu belirtmek gerekir. Tekrarlayacak olursak, konusu parasal bir değer taşıyan idari işlemlere karşı belli bir kısım esas alınarak dava açılmayacağı için,¹⁶⁷ vergi mahkemelerince de davacıyı en baştan haksız konuma düşürecek şekilde kısmen iptal ve kısmen ret kararı verilmemesi gerekir. Böylece idari işlemin hukuka aykırı olduğu savıyla dava açacak kimseler haklı olmalarına karşılık belli tutarda dava masrafına katlanma yükü ile karşılaşmamış olacaklardır.¹⁶⁸

SONUÇ

Emlak vergisi gerek matrahın hesaplanması gerekse tarh ve tahakkuk süreci itibarıyla diğer vergilere yönelik genel işleyişten oldukça farklılıklar taşımaktadır. Emlak vergisinin zamanında ve tam bir şekilde idareye intikalini gerçekleştirebilme gayesi ile inşa edilen vergilendirme sürecinin işleyişindeki bu kendine haslık, emlak vergisi uygulamasından kaynaklanan uyuşmazlıkların yargısal çözümünde de kendisini göstermektedir. Öyle ki VUK'un mükerrer 49. maddesinde yargılama boyutuna dair getirilen hükümler İYUK'un vergi davalarının işleyişine yönelik genel düzenlemelerinden farklılık taşımaktadır. Kanun koyucu mükerrer 49. maddeyi öylesine tasarlamıştır ki, yargılama süreci çabuklaştırılmış ve Anayasa Mahkemesi'nce 2012 yılında verilen iptal kararı öncesinde düzenlemenin bütününe *takdir işlemlerinin gerçekleştirildiği yıl sonuna kadar uyuşmazlıkların nihayete erdirilmesi* düşüncesi egemen olmuştur. Fakat arazi ve arsalar yönünden takdir komisyonlarınca gerçekleştirilen takdirlere karşı dava açabilecek kimseler yönünden kısıtlama getiren hüküm hukuk devleti ilkesi ile hak arama özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'nce

¹⁶⁷ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 7. Vergi Dava Dairesi'nin T. 01.12.2022, E. 2022/4183, K. 2022/2152 sayılı kararı: "Dava konusu takdir komisyonu kararı... bölünebilir bir işlem niteliğinde bulunmamaktadır." Bkz. Danıştay VDDK, T. 24.05.2023, E. 2023/1, K. 2023/3, 22.07.2023 tarih ve 32256 sayılı Resmî Gazete.

¹⁶⁸ Oral, s. 175-176; Ergin, Emlak, <https://www.ekonomim.com/>, (Erişim Tarihi: 20.06.2024); Bu durum yukarıda ele alınan Danıştay kararında bir karşı oy muhtevasında şu şekilde dile getirilmiştir: "...Bu tür davalarda takdir komisyonu kararının kısmen iptaline karar verilmesi, davacının hukuka aykırılık iddiasını kanıtlanmasına rağmen her durumda kısmen de olsa haksız çıkması sonucunu doğuracaktır. Bunun da davanın kısmen reddi üzerine davacı aleyhine yargılama giderleri ve vekalet ücretine hükmedilecek olması karşısında, hak arama hürriyetini olumsuz yönde etkileyeceği açıktır." Bkz. Danıştay VDDK, T. 24.05.2023, E. 2023/1, K. 2023/3, 22.07.2023 tarih ve 32256 sayılı Resmî Gazete.

yerinde olarak iptal edilmiştir. 2012 yılında verilen bu iptal kararı sonrası ilgili takdir işlemlerine karşı menfaati ihlal edilen herkesin dava açabileceği netleşmekle beraber davanın hangi tarihten itibaren ve ne kadarlık bir süre dahilinde açılacağı öğreti ve yargı kararlarında tartışılmaya başlanmıştır. Bu konuda Danıştay nezdinde ortaya çıkan farklı kararlar bölge idare mahkemesi kararlarına da sirayet etmiştir ki mesele en son bölge idare mahkemesi kararları arasındaki aykırılıkların giderilmesi çerçevesinde VDDK'nın önüne getirilmiştir.

Danıştay bu sorunu ele aldığı içtihadında iki önemli saptamaya yer vermiştir. Bunlardan ilki takdir komisyonu kararlarına karşı en son, takdirin gerçekleştirildiği yılın son günü itibariyle dava açılacağı, diğeri ise dava açma süresinin başlangıcının öğrenme tarihine denk düşüğüdür. Öğrenme ise herhangi bir surette gerçekleştirebileceği gibi, dava açacak kimsenin idareye yapacağı yazılı başvuruya verilen cevapla da olabilecektir. Böylece Danıştay takdir komisyonu kararlarına karşı dava açılmasında son tarihi yıl sonu olarak tayin etmiş ve dava açacak kimseye *son çare olarak idareye yazılı başvuruda bulun ve gelen cevaba göre dava aç* demek suretiyle kararın içeriğini öğrenme ödevi yüklemiş bulunmaktadır.

Fakat karar muhtevasında getirilen sınırlama ve ödev, dava açma süresi kurumuna dair genel esaslarla çelişir vaziyettedir. Zira dava açmanın belli bir süre ile sınırlandırılmasının kamu yararı zemininde haklı sebepleri bulunsa da süreye dair detayların belirlenmesinde birey yararının da korunması gerekir. Bunu gerçekleştirebilmek adına sürenin başlangıcının bireysel işlemlerde tebliğ, düzenleyici işlemlerde ise ilan ile vuku bulacağı Anayasal ve kanuni düzeyde kurullaştırılmış bulunmaktadır. Fakat Danıştay kararında sürecinin başlangıcında tebliğ yahut ilan kriterleri göz ardı edilmiştir.

Tabii Yüksek Mahkemenin mezkûr yaklaşımında mükerrer 49. maddenin bütününe hâkim olan düşünce ve özellikle hüküm muhtevasında geçen *"Kesinleşen asgari ölçüde arsa ve arazi birim değerleri, ilgili belediyelerde ve muhtarlıklarda uygun bir yere asılmak suretiyle tarh ve tahakkukun yapıldığı yılın başından mayıs ayı sonuna kadar ilân edilir"* cümlesi etkin olmuştur.

Bununla birlikte ilgili hüküm dava açacak kimseler yönünden kısıtlama getiren kuralın Anayasa Mahkemesi'nce iptalinden sonra ye-

niden yorumlanmak zorundadır. Zira iptal öncesi, emlak vergisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların takdirin gerçekleştirildiği yıl sonuna kadar kesinleşmesi, dava açabilecek kişi ya da kuruluşlara komisyon kararları imza karşılığı tevdi edildiği için mümkündür. Lakin iptal sonrası alıntılanan düzenlemede geçen kesinleşme tabiri eski işlevini kaybetmiş ve mükerrer 49. madde dava açma süresi kurumuna dair Anayasal ve kanuni hükümler doğrultusunda yeniden yorumlanmak durumunda kalmıştır.

Kanaatimizce ara işlem vasfında olan ve emlak vergisinin yükümlü sayısı ile belli bir yükümlü tarafından dava açılabilirse verilecek iptal kararının sonuçlarından ilgili takdir komisyonu kararından etkilenen diğer şahısların da istifade edebileceği yönündeki Danıştay kararları dikkate alındığında düzenleyici idari işlemlerin hukuki rejimine tabi olması gereken takdir komisyonu kararları açısından yukarıda alıntılanan hükümde geçen ilan, mükerrer 49. maddenin iptal sonrasındaki halinde *dava açma süresini başlatır mahiyette* ilan olarak değerlendirilebilir. Böylece dava açmanın belli bir süre ile sınırlandırılmasındaki kamu yararı da korunmuş olur. Sürenin başlangıcında ise, ilanın gerçekleştirildiği günü takip eden günün esas alınması gerekir.

Tabi takdir komisyonu kararlarının düzenleyici idari işlemlerin hukuki rejimine tabi olacağına kabulü, İYUK'un 7. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, ilgili kararların daha sonraki bir evrede uygulanmaları halinde de dava konusu yapılabilmeleri ihtimalini doğurmaktadır. Mezkûr kararlar açısından uygulama işlemi emlak vergisinin tarh edilmesi olduğundan, bahsi geçen düzenleme uyarınca, komisyon kararına karşı yukarıda sözü edilen surette dava açılmasa da tarh işleminin tesisıyla beraber komisyon kararına, tarh işlemine yahut da her ikisine birden dava açılabilir.

Böyle olunca da tarh işlemine karşı ne zamandan itibaren dava açılabileceği konusu üzerinde de durmak gerekir. VDDK'nın yakın tarihli bir kararında emlak vergisi tarhı işlemlerine karşı dava açılmasında ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, dört yılda bir gerçekleştirilen takdir işlemleri akabinde ya da yükümlünün bildirimde bulunması üzerine tesis edilecek tarh işlemlerine karşı eğer, EVK'nın 11. ve 21. maddelerinin 2. fıkralarında belirtildiği üzere, yükümlüyü durumdan haberdar etmek üzere yazı gönderilmişse dava açma süresi bu tarihi takip eden günden, gönderilmemişse öğrenme tarihinden itibaren

işlemeye başlar. Öğrenme tarihi ise, emlak vergisinin fiili ödeme tarihine tekabül etmektedir. Fakat dört yılda bir gerçekleştirilen takdir işlemlerinin geçerlilik taşıyacağı yıldan sonraki yıllarda tesis edilecek işlemlerde tarh ve tahakkuk yılbaşından itibaren vuku bulacağından ve yükümlüye herhangi bir yazı gönderilmesi söz konusu olmadığından süre yılbaşından itibaren işlemeye başlar.

Olmaması gerekene dair saptamalarımız bu şekilde olsa da Danıştayın yukarıda değinilen ve takdir komisyonu kararlarına karşı dava açılması noktasında benimsediği yaklaşımı ve meseleye dair mevzuatın giriftliği dikkate alındığında konunun kanun koyucu tarafından hak arama özgürlüğü zedelemeyen bir bakış açısıyla ele alınması oldukça faydalı olacaktır.

Emlak vergisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların yargısal çözümünde yaşanan ve yakın bir tarihte bölge idare mahkemesi kararları arasındaki aykırılıkların giderilmesi maksadıyla VDDK'nın önüne getirilen diğer bir sorun, takdir komisyonu kararlarına karşı açılan davalarda vergi mahkemelerinin kısmen ret ve kısmen iptal yönünde karar verip veremeyeceklerine ilişkindir. Bu sorun esas itibarıyla Anayasal ve kanuni dayanağı bulunan *yargı kararları ile idari işlem mahiyetinde hüküm tesis edilemeyeceği kuralı* ile bağlantılı olup, sadece emlak vergisi nezdinde değil, diğer pek çok konuda bağlamında da uzunca bir süredir tartışılmalı ve vergi yargılama hukukunun kronik meselelerinden biridir. Öyle ki, meselenin izlerine vergi mahkemelerinin tarh işlemlerinin hukuka uygunluklarını denetlerken olması gereken matrahı saptayıp saptayamayacakları ya da defter, kayıt ve belgelerin sonradan mahkemeye ibraz edilip edilemeyecekleri gibi konularda da rastlanılmaktadır. Konuyla alakalı Danıştay kararları topluca göz önünde bulundurulduğunda, çeşitli gerekçelerle matrah veya birim değerinin vergi mahkemesince saptanmasının idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi anlamına gelmediğinin kabul edildiği görülmektedir. Bu gerekçeler arasında yukarıda değindiğimiz VDDK kararı ile pek çok Danıştay kararında yaygın olarak benimsenen re'sen araştırma ilkesidir. Fakat mezkûr ilkenin delillerin toplanması ile somut maddi olayın tespiti aşamasıyla ilgili olması ve burada irdelenen tartışmanın hüküm aşamasında yargıcın verecek olduğu kararın içeriğini alakadar etmesi hususları karşısında ikna edicilik vasfının oldukça zayıf kaldığını belirtmek gerekir.

Hemen belirtelim ki, ilgili yasağın uygulanabilirliği ve kapsamı da başlı başına önemli bir sorundur. Zira idari yargıda aslında her iptal kararı mahiyeti itibariyle idari işlem vasfını haiz bulunmaktadır. Ayrıca vergi mahkemesi idari işlemin konu unsuru yönünden denetim icra edebilmek için çoğu zaman vergi tutarı ya da birim değerini hesaplamak zorunda kalabilmektedir. Böyle olunca da zorunluluk kapsamında kalan hallerde ilgili yasak dolayısıyla yargısal denetim yapılamayacağını kabul etmek hukuk devleti ilkesini zedeleyecektir. Dolayısıyla hangi hallerde konu unsuru yönünden denetimin zorunlu olduğu hususunun saptanması elzem nitelik taşımaktadır. Belirtmek gerekir ki, bazı durumlarda idare zamanışımının dolacak olması gibi sebeplerle vergi matrahını varsayım ya da kanaate dayalı genel ifadelerle saptamakta ve somut tespitlere yer vermemektedir. Bu gibi hallerde artık vergi tutarının hesaplanmasına gerek olmamakta ve konu unsuru yönünden idari işlemin hukuka aykırılığı bariz bir görünüm taşımaktadır. Bunun dışında yani somut tespite dayalı matrah veya birim değeri takdir ve tespitlerinde vergi mahkemesi hukuka uygun tutarları kendisi de bilhassa bilirkişi delilinden istifade ederek saptayacak ve idarece saptananla kıyaslamak suretiyle konu unsurunun hukuka uygunluğunu değerlendirecektir.

Bunu yapmasında bir sakınca bulunmamakla birlikte kanaatimizce vergi mahkemelerinin dava konusu yapılan işlemi kısmen değil de tümüyle iptal etmesi gerekir. Zira nasıl ki idari işlemler bölünebilir nitelik taşımadıklarından yükümlüler tarh işlemi ya da takdir komisyonu kararına karşı belli bir tutarı baz alarak dava açamıyorlarsa, verilecek iptal kararlarının da benzer bir mantık çerçevesinde inşa edilmesi gerekir. Aksi takdirde dava açan kimse idari işlem hukuka aykırılık taşısa da en baştan haksız kabul edilmekte ve dava masraflarının belli bir bölümünü her halükarda yüklenmek zorunda kalmaktadır. Böyle olunca da özellikle yüksek olmayan tutarlara dair işlemlere karşı açılacak davalarda yüklenilecek dava masrafı dolayısıyla yükümlünün mahkemeye erişim hakkı özelinde adil yargılanma hakkının zedelenmesi olağan bir hale gelmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akdoğan Abdurrahman, Vergilerin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi (Yasal Düzenlemelerin İşleyişi Açısından), Gazi Üniversitesi Teknik Eğitim Fakültesi Matbaası, Ankara 1991.
- Akıncı Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- Aksoy Şerafettin, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.
- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2020.
- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Aslan Zehreddin/Barlass İrfan/Berk Kahraman/Arat Nilay/Kaçıtcıoğlu Mutlu/Sayhan Şebnem/Bardakçı Mehmet Akif/Gümüşkaya Gamze/Altındağ Halil, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Vergi Yargılaması Dahil), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Aşçı Akıncı Nuray, Teoride ve Uygulamada Emlak Vergisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Atay Ender Ethem, İdare Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Ayanoğlu Taner, Bireysel İdari İşlemlere Karşı Dava Açma Süresinin Başlangıcı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Ayaydın Cem, İdare Hukukuna Giriş (II), Yenilik Basımevi, İstanbul 2008.
- Batı Murat, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Batirel Ömer Faruk, Kamu Maliyesi ve Yönetimi, T.C. İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007.
- Bayraklı Hasan Hüseyin, Vergi Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Celepler Matbaası, Trabzon 2020.
- Bilici Nurettin, Türk Vergi Sistemi, 47. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2023.
- Bilici Nurettin, Vergi Hukuku (Vergi Usul Hukuku, Vergi Tahsil Hukuku, Vergi Yargı Hukuku), 53. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2022.
- Bıyan Özgür, Vergi Hukuku, 3. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa 2022.
- Bozdoğanlı Burçin, Vergileme ve Ceza Kesme İşlemlerine Karşı Başvuru Yolları (Ceza-Dava-Yargılama), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Bulutoğlu Kenan, Türk Vergi Sistemi, 8. Baskı, Batı Türkeli Yayıncılık, İstanbul 2004.
- Can Bilal/Bülbül Zübeyr/Dağışan Veysel, Açıklamalı ve İçtihatlı Belediyelerde Emlak Vergisi Uygulaması, 2. Baskı, Türkiye Belediyeler Birliği Yayını, Ankara 2019.
- Candan Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Çağlayan Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

- Değirmendereli Ali, Türk Vergi Sistemi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Duran Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- Erginay Akif, Kamu Maliyesi, Sevinç Matbaası, Ankara 1972.
- Giray Filiz, Maliye Tarihi, Ezgi Yayınları, Bursa 2001.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku C. I, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2009.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017.
- Gözübüyük A. Şeref, Yönetmelik Yargısı, 32. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Günday Metin, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.
- Gürbüz Salih, Türk Vergi Sisteminde Emlak Vergisi Uygulaması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2015.
- Hacıköylü Canatay, Emlak Vergisinde Değerleme Sorunu ve Değer Tespitine İlişkin Öneriler, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2009.
- Işık Atiye Merve, Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davalarda Ehliyet, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- İbiş Recep, Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2013.
- Kabakçı Karadeniz Hülya, Türkiye'de Emlak Vergisi ve Değerli Konut Vergisi (Sorunlar - Çözüm Önerileri) Çeşitli Avrupa Ülkeleri ile Karşılaştırmalı Bir Analiz, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Kaneti Selim/Ekmeççi Esra/Güneş Gülsen/Kaşıkçı Mahmut, Vergi Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- Kaplan Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Kaplan Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2023.
- Karahanogulları Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
- Karakoç Yusuf, Kamu Maliyesi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Karakoç Yusuf, Vergi Yargılama Hukuku, 5. Baskı, Vergi Yargılaması Hukuku (Ders Kitabı), Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Karakoç Yusuf, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Karavelioğlu Celal/Karavelioğlu Erdem Cemil, Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. Baskı, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Ankara 2009.
- Kızılot Şükrü/Kızılot Zuhul, Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, 18. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2010.
- Kızılot Şükrü/Şenyüz Doğan/Taş Metin/Dönmez Recai, Vergi Hukuku, 2. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2007.
- Kumrulu Ahmet, Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri (İşlev-Yapı-İlkelere-Nitelik), Betacopy, Ankara 1989.

- Mert Alican, Türk Vergi Hukukunda Tarh, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.
- Mutluer M. Kâmil/Dayanç Kuzeyli N. Nilay, Vergi Hukuku (Genel ve Özel Hükümler), Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Nadaroğlu Halil, Kamu Maliyesi Teorisi, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 1998.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- Öncel Mualla/Kumrulu Ahmet/Çağan Nami/Göker Cenker, Vergi Hukuku, 32. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2023.
- Önen Z. Sacit, Genel Vergi Hukuku, Detay Yayıncılık, Ankara 2017.
- Öner Erdoğan, Osmanlı İmparatorluğu ve Cumhuriyet Döneminde Mali İdare, 2. Baskı, T.C. Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayını, Ankara 2005.
- Özbalcı Yılmaz, Vergi Davaları, Oluş Yayıncılık, Ankara 2010.
- Özkök Çubukçu Dilek, Emlak Vergisinde Vergi Değeri, Savaş Yayınevi, Ankara 2014.
- Özyer Mehmet Ali, Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 8. Baskı, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, İstanbul 2018.
- Pehlivan Osman, Vergi Hukuku (Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi), Celepler Matbaacılık, Trabzon 2017.
- Saban Nihal, Vergi Hukuku, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2021.
- Sancakdar Oğuz/Önüt Lale Burcu/Us Doğan Eser/Kasapoğlu Turhan Mine/Seyhan Serkan, İdare Hukuku (Teorik Çalışma Kitabı), 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Sarıaslan Osman, Vergi Yargılama Hukukunda İlk İnceleme, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Şener Orhan, Teori ve Uygulamada Kamu Ekonomisi, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.
- Şenyüz Doğan, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), 12. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2022.
- Şenyüz Doğan/Yüce Mehmet/Gerçek Adnan, Türk Vergi Sistemi, 20. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2023.
- Şenyüz Doğan/Yüce Mehmet/Gerçek Adnan, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 14. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2023.
- Torun Fatih, Açıklamalı-İçtihatlı Emlak Vergisi Kanunu, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Tosuner Mehmet/Arıkan Zeynep, Vergi Uyuşmazlıklarının İdari Aşamada Çözümü ve Türk Vergi Yargısı, Kanyılmaz Matbaacılık, İzmir 2014.
- Turhan Salih, Vergi Teorisi ve Politikası, Der Yayınları, İstanbul 1987.
- Uluatam Özhan/Methibay Yaşar, Vergi Hukuku, 5. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2001.
- Ulusoy Ali D., İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Yaşar Hasan Nuri, İdare Hukuku (Genel Esaslar), 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2016.

Yiğit Uğur, Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

Yüce Mehmet, Vergi Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2023.

Zabunoğlu Yahya Kazım, İdare Hukuku C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Makaleler

Acinöroğlu Serkan, "Vergi Davasının Hukuki Niteliği", *AÜİİBD*, C. 23, S. 3, 2009, 191-207.

Ağar Serkan, "Vergi Davalarının Hukuki Niteliği", *TBB*, S. 62, 2006, 262-297.

Akkaya Mustafa, "Vergi Yargısında Yargılama Süreçlerinin Yeniden Değerlendirilmesi", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Yayınları No: 83, Ankara 2013, 179-184.

Akyılmaz Bahtiyar, "Hukuk Devleti İlkesinin Gereklere ve İdari Yargının Önemi", *154. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, Danıştay Yayınları No: 114, Ankara 2022, 31-51.

Akyılmaz Bahtiyar, "İdari Yargıda Hâkimin Hüküm Vermesi", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Yayınları No: 93, Ankara 2017, 154-167.

Aşçı Akıncı Nuray, "Emlak Vergisi Takdir Komisyonları Kararlarına Karşı Dava Açma Hakkı (Taraf Ehliyeti ve Dava Açma Süresi Yönünden Bir Değerlendirme)", *VSD*, S. 343, 2017, 29-42.

Bahçeci Barış, "Danıştay İçtihatlarına Göre, Resen Tarhiyat İşleminde Yapılan Matrah Tayininde Gerçeğe En Yakın Halin Bulunması İlkesi", A. Merih Öden/Levent Gönenç/Selin Esen/Alı Ersoy Konaç/Deniz Polat/Alı Erdem Doğanoğlu (Yay. Haz.), Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan C. I, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 391, Ankara 2013, 539-565.

Bahçeci Barış, "Vergi Mahkemesinin Tarhiyat Tutarını Vergi İdaresi Yerine Belirlemesi", Cenker Göker/İdris Hakan Furtun/Cihat Öner/İnci Solak Akman/Tuğçe Akdemir (Ed.), *Üçüncü Genç Vergi Hukukçuları Konferansı*, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, 115-148.

Can Bilal/Bülbül Zübeyr, "Arsa ve Arazi Takdir Komisyonu Kararları ve Bunlara Karşı Dava Açılması", *TAAD*, S. 14, 2013, 871-895.

Canbazoğlu Kerem/Altay A. Eren, "Vergi Davasının Kurumsal Niteliği ve Bunun Yansımaları Üzerine Bir İnceleme", Metin Günday/M. Artuk Ardıçoğlu/Metin Kayaçağlayan/K. Burak Öztürk/M. Ayhan Tekin Tekinsoy/H. Gökçe Zabunoğlu (Yay. Haz.), Prof. Dr. Yahya Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 316, Ankara 2011, 177-220.

Candan Turgut, "Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar", *Danıştay Dergisi*, S. 54-55, 1984, 31-40.

Canyaş Oytun, "Vergi Yargılaması Hukukunda Ehliyet", *TAAD*, S. 19, 2014, 355-414.

Çağlayan Ramazan, "İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri", *AÜEHFD*, C. 9, S. 3-4, 2005, 17-33.

Çırakman Erol, "İdari Davalarda Süre", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No 21, Ankara 1976, 190-217.

Demirkol Selami, "İdari Yargılama Usulü'nde Ehliyet Olgusu", *İHİD*, C. 15, S. 1, 2012, 11-32.

- Duran Lütfi, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)", *AİD*, C. 21, S. 1, 1988, 63-77.
- Duran Lütfi, "İdari Kazada Dava Açma Müddeti", *İHFMD*, C. 11, S. 1-2, 1945, 238-263.
- Dursun Hasan, "Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davaların Kuramsal Niteliğini Saptayabilmek", *TBBD*, S. 78, 2008, 227-286.
- Erdoğan Meriç, "Emlak Vergisi, Bildirim, Beyanname ve Vergi Ziyayı Cezası", *VSD*, S. 420, 2023, 13-29.
- Gök Özgecan, "Emlak Vergisi Matrahını Belirleyen Takdir Komisyonu Kararlarının Dava Konusu Edilebilirliği (Bir Anayasa Mahkemesi Kararı'nın Sonuçlarının Değerlendirilmesi)", IV. Vergi Hukuku Konferansı (Genç Hukukçular/Yeni Yaklaşımlar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, 165-214.
- Gözler Kemal, "Düzenleyici İşlemlerde Dava Süresinin Başlangıcı Konusunda Üçüncü Bir İhtimal", *ABD*, S. 3, 1998, 27-40.
- Gözübüyük A. Şeref, "İdari Yargıda Dava Açma Süresi", *AİD*, C. 2., S. 4, 1969, 3-20.
- Gümüşkaya Gamze, "Vergi Yargılaması Hukuku Bakımından İdari İşlemin Sebep Unsuruna İlişkin Sebep İkamesi", *BUHFD*, C. 16, S. 204, 2021, 1219-1251.
- Güneş Gülsen/Şirin Z. Ertunç, "Vergi Ödevlisinin Hakları", *VSD*, S. 197, 2005, 135-145.
- Hacıköylü Canatay/Heper Fethi, "Emlak Vergisinde Matrah Tespitine İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Maliye Dergisi*, S. 158, 2010, 1-14.
- Kağıtçıoğlu Mutlu, "IV. Vergi Hukuku Konferansı III. Oturum Soru Cevap Kısımındaki Konuşması", IV. Vergi Hukuku Konferansı (Genç Hukukçular/Yeni Yaklaşımlar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, 217-218.
- Kanlıgöz Cihan, "İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim", *AÜHFD*, C. 40, S. 1, 1988, 173-192.
- Kaplan Gürsel, "Danıştay Kararları ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet", *İHFMD*, C. LXIX, S. 1-2, 2011, 349-390.
- Kaplan Recep, "Vergi Davalarında Hâkimin Karar Verme Yetkisinin Sınırları", *Vergi Dünyası*, S. 375, 2012, 91-104.
- Karahanogulları Onur, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları", Turgut Tan (Ed.), Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, 199-215.
- Kaşıkcı Mahmut, "Vergi Hukukunda Yargı Kararları Üzerine Vergi İdaresi Tarafından Yapılan Bildirilere Konu İşlemlerin Hukuki Niteliği ve Vergi Davasının Konusu Oluşturup Oluşturamayacağı Üzerine Bir İnceleme", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 29-30, 2007, 24-47.
- Kumrulu Ahmet, "Emlak Vergisinin Cumhuriyet Dönemi Seyir Defteri", Belgin Akçay/F. Kemal Kızılca (Ed.), Prof. Dr. Ahmet Gökdere'ye Armağan (Ekonomi ve Hukuk Üzerine Yazılar), Turhan Kitabevi, Ankara 2011, 549-545.
- Oral Hasan, "Vergi Yargısında İdari İşlem Niteliğinde Karar ve İngiltere Deneyimi", Abdullah Tekbaş/Betül Hayrullahoğlu (Ed.), Anayasa Yargısı ve Maliye, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, 145-197.
- Organ İbrahim/Çiftçi Taha Emre, "Türkiye'de Emlak Vergisi Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *NÜİİBFD*, C. 8, S. 4, 2015, 127-147.

- Öğütçü Burhan, "Emlak Vergisinde Vergi Değeri, Vergi Değerine İlişkin Davalar ile Dava Açma Süresi, Sürenin Başlangıcı, Davanın Açılabilceği Son Tarih", *İBD*, C. 91, S. 6, 2017, 26-52.
- Ömercioğlu Abdullah, "Vergi Mahkemesinin Vergi Kabahatleri Bakımından Kısmi Kabul İçeren İdari İşlem Niteliğindeki Kararları", *TBB*, S. 128, 2017, 187-202.
- Özdiler Eda, "Vergi Yargısının Görev Alanı", Ertuğrul Akçaoğlu/İnci Solak Akman (Ed.), Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan C. II, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 243, Ankara 2009, 1089-1110.
- Özkök Çubukçu Dilek, "Emlak Vergilerinde Matrah Ölçüleri", *MHD*, C. 19, S. 227, 2023, 2277-2296.
- Sönmez Mehmet, "Vergi Davasında Re'sen Araştırma İlkesi ve Yargılama Sürecine Etkisi", Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 83, Ankara 2013, 223-264.
- Taşdelen Aziz, "Vergi Alacağıın Tahakkuku: Bir Aşama ve Bir İşlem", *AÜHFD*, C. 56, S. 1, 2007, 279-312.
- Taylar Yıldırım, "Vergi İncelemesi Sırasında İbraz Edilmeyen Defter, Kayıt ve Belgelerin Yargılama Aşamasında Vergi Yargısı Organlarına İbrazi", *DEÜHFD*, S. 20, 2018, 375-408.
- Tekgündüz Metin, "İdari Dava Türleri ve Vergi Davası", *Danıştay Dergisi*, S. 50-51, 1983, 56-59.
- Turmangil Civan, "Vergi Davasının Hukuki Niteliği", *AÜHFD*, C. 39, S. 1, 1987, 125-156.
- Üzeltürk Hakan, "Anayasa Mahkemesinin Emlak Vergisi ile İlgili Kararı", *MHD*, C. 8, S. 95, 2012, 3-12.
- Yakar Soner, "6545 sayılı Kanun ile İdari Yargılama Usulü Hakkındaki Kanunda Yapılan Değişiklikler Sonrası Vergi Davalarının Hukuki Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme", *MHD*, S. 187, 2020, 1865-1894.

İnternet Kaynakları

- Apak Talha, "Yeni Emlak Vergisi Değerlerinin Tespiti ve Dava Açma Hakkı", *LYMD*, S. 165, 2017, <https://mevbankneo.lebibyalkin.com.tr/>, (E. T.: 02.03.2024).
- Aydın Fazıl, "Emlak Vergisi Bildirimi", *LYMD*, S. 79, 2010, <https://mevbankneo.lebibyalkin.com.tr/>, (E. T.: 02.03.2024).
- Azak Selçuk Turgay, "Emlak Vergisi ve Vergi Ziyayı Cezası", *MuhasebeTR*, 13.03.2019, <https://www.muhasabetr.com/>, (E. T.: 02.02.2024).
- Balcı Mustafa, "Arazi ve Arsa Birim Değerlerine İlişkin Takdir Komisyonu Kararlarına Karşı Açılacak Davalarda Süre Aşımı Sorunu-1", *Vergi Algi*, 08.12.2022, <https://vergialgi.com/>, (E. T.: 25.12.2023).
- Balcı Mustafa, "Arazi ve Arsa Birim Değerlerine İlişkin Takdir Komisyonu Kararlarına Karşı Açılacak Davalarda Süre Aşımı Sorunu-2", *Vergi Algi*, 12.12.2022, <https://vergialgi.com/>, (E. T.: 25.12.2023).
- Batı Murat, "Belediyeler 'Bildirimlerin' Yapılmamış Olması Nedeniyle Cezayı 'Yanlış' Mı Kesiyor", *T24*, 28.01.2022, <https://t24.com.tr/>, (E. T.: 02.02.2024).

- Batı Murat, "Belediyeler, Gelir İdaresini de Arkalarına Alarak Hatalı Ceza Kesmeye Devam Ediyor", *T24*, 24.05.2023, <https://t24.com.tr/>, (E. T.: 02.02.2024).
- Budak Atilla, "Re'sen Araştırma İlkesinin Bilirkişilik Müessesesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Vergi Dünyası*, S. 301, 2006, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E. T.: 24.05.2024).
- Can Süleyman, "Arsa Metrekare Birim Değerlerinin Tespitine İlişkin Kararlara Karşı Açılacak Davalarda Dikkat Edilmesi Gerekenler", 13.10.2022, <https://www.muhasabedr.com/>, (E. T.: 25.12.2023).
- Candan Turgut, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Emlak Vergisi Yönünden Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Çözümü", 12.04.2014, <https://turgutcandan.com/>, (E. T.: 25.12.2023).
- Demircioğlu Mustafa, "Emlak Vergisi İçin Vergi Ziyayı Cezası Kesilemez!", *MuhasebeTR*, 22.09.2021, <https://www.muhasabetr.com/>, (E. T.: 02.02.2024).
- Doğrusöz A. Bumin, "Arsa Değerlerine Dava Hakkı (2)", *Dünya Gazetesi*, 13.07.2017, <https://www.dunya.com/>, (E. T.: 25.12.2023).
- Doğrusöz A. Bumin, "Arsa Değerlerine Dava Hakkı", *Dünya Gazetesi*, 11.07.2017, <https://www.dunya.com/>, (Hak), (E. T.: 25.12.2023).
- Doğrusöz A. Bumin, "Fahiş Arsa Değerlerine Karşı Dava Hakkı", *Ekonomim*, 06.07.2021, <https://www.ekonomim.com/>, (E. T.: 25.12.2023).
- Doğrusöz A. Bumin, "İki Numaralı İhbarname ve Dava Yolu", *Dünya Gazetesi*, 10.03.2016, <https://www.dunya.com/>, (E. T.: 05.05.2023).
- Ergin Numan Emre, "Danıştay'ın Emlak Vergisi ve AYM İptal Kararına İlişkin İki Kararı", *Ekonomim*, 22.08.2023, <https://www.ekonomim.com/>, (Emlak), (Erişim Tarihi: 20.06.2024).
- Ergin Numan Emre, "Emlak Vergisinde Takdir Komisyonu Kararlarına Dava Açma Süresi", *Ekonomim*, 09.05.2023, <https://www.ekonomim.com/>, (E. T.: 24.12.2023).
- Karakoç Hüseyin, "Vergi Yargılamasında Davacı Sıfatı", *LYMD*, S. 131, 2014, <https://mevbankneo.lebibyalkin.com.tr/>, (E. T.: 02.03.2024).
- Mutluer M. Kâmil, "Emlak Vergisi Üzerine Düşünceler", *Yaklaşım*, S. 44, 1996, <https://www.yaklasim.com/>, (E. T.: 25.12.2023).
- Nazalı Ersin, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararı Verilemez' Kuralının Vergi Davalarına Uygulanabilirliği", *Vergi Dünyası*, S. 331, 2009, <https://www.vergidunyasi.com.tr/>, (E. T.: 05.05.2024).
- Sağlam Erdoğan, "Emlak Vergisinde 4 Yıl İçin Geçerli Olacak Takdirlere Karşı Mükelleflerin Dava Açma Hakkı Var mıdır?", *T24*, 16.05.2021, <https://t24.com.tr/>, (E. T.: 25.12.2023).
- Şentürk Akın Gencer, "Emlak Vergisi Uygulamalarında Bireylerin Dava Açma Hakkı Vardır (Ya da Gecikmiş Bir Özür Yazısı)", *LYMD*, S. 81, 2010, <https://mevbankneo.lebibyalkin.com.tr/>, (E. T.: 01.03.2024).
- Şentürk Akın Gencer, "Emlak Vergisine Esas Değerlerin Tespitine Karşı Bireysel Dava Açma Hakkının Kullanıl(ama)ması", 18.03.2010, <https://senturkhhb.com/>, (E. T.: 25.12.2023).

222 Emlak Vergisi Uygulamasından Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Yargısal Çözümünde Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Yıldırım Turan, “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, C. 1, S. 2, 2004, s. 7, <https://www.insanbilimleri.com/>, (E. T.: 04.05.2024).

Kararlar

- Anayasa Mahkemesi, T. 19.03.1987, E. 1986/5, K. 1987/7.
Anayasa Mahkemesi, T. 31.05.2012, E. 2011/38, K. 2012/89.
Danıştay İBK, T. 02.08.2019, E. 2013/3, K. 2019/1.
Danıştay VDDGK, T. 08.04.1988, E. 1987/35, K. 1988/25.
Danıştay VDDK, T. 01.12.1989, E. 1989/29.
Danıştay VDDK, T. 23.12.2015, E. 2015/897, K. 2015/1002.
Danıştay VDDK, T. 10.02.2016, E. 2015/1033, K. 2016/165.
Danıştay VDDK, T. 14.12.2016, E. 2016/1008, K. 2016/1261.
Danıştay VDDK, T. 13.11.2019, E. 2019/262, K. 2019/917.
Danıştay VDDK, T. 11.03.2020, E. 2019/1853, K. 2020/291.
Danıştay VDDK, T. 15.02.2023, E. 2022/14, K. 2023/2.
Danıştay VDDK, T. 24.05.2023, E. 2023/1, K. 2023/3.
Danıştay 7. Daire, T. 12.04.1985, E. 1984/3570, K. 1985/1039.
Danıştay 9. Daire, T. 08.10.2008, E. 2006/286, K. 2008/4478.
Danıştay 9. Daire, T. 17.09.2012, E. 2009/2452, K. 2012/4613.
Danıştay 9. Daire, T. 15.10.2014, E. 2014/8543, K. 2014/6206
Danıştay 9. Daire, T. 24.11.2014, E. 2014/8943, K. 2014/8517.
Danıştay 9. Dairesi, T. 26.05.2015, E. 2012/2649, K. 2015/5653.
Danıştay 9. Daire, T. 09.06.2016, E. 2016/15550, K. 2016/5897.
Danıştay 9. Dairesi, T. 25.09.2018, E. 2014/8534, K. 2018/5601.
Danıştay 9. Daire, T. 17.06.2019, E. 2015/3859, K. 2019/2597.
Danıştay 9. Daire, T. 04.07.2019, E. 2019/3507, K. 2019/3436.
Danıştay 9. Dairesi, T. 20.04.2021, E. 2020/288, K. 2021/2821.
İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 7. Vergi Dava Dairesi, T. 01.12.2022, E. 2022/4183, K. 2022/2152.

ARABULUCULUK İLK TOPLANTISINA GEÇERLİ MAZERET GÖSTERMEKSİZİN KATILMAMANIN YAPTIRIMI

SANCTION FOR NOT ATTENDING THE FIRST MEDIATION MEETING WITHOUT GIVING A VALID EXCUSE

Mesut KÖKSOY*

Özet: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 11'inci fıkrasına göre, "Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez". Anayasa Mahkemesi, 14.03.2024 tarihinde, düzenlemenin "bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur" ve "ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez" cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 12'nci fıkrasında aynı düzenleme yer aldığından işçi-işveren uyuşmazlıklarında arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan taraf hakkında söz konusu yaptırım uygulanmaya devam etmektedir. Kanun'da öngörülen yaptırımın uygulanabilmesi için, taraflardan birinin ilk toplantıya geçerli bir mazeret göstermeksizin katılmaması ve bu sebeple arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi gerekir. İlk toplantıya katılmama hâlinde uygulanacak yaptırım ile tarafların arabuluculuk sürecine katılmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Bu nedenle, düzenlemenin meşru bir amaca hizmet ettiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, gönüllülük esasının geçerli olduğu arabuluculuk yönteminde, tarafları sürece katılmaya zorlamanın hak arama özgürlüğüne aykırı olup olmadığı doktrinde tartışma konusu yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk ilk Toplantısı, Geçerli Mazeret, Yaptırım, Hak Arama Özgürlüğü, Ölçülülük İlkesi

* Dr. Öğr. Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, mesutkoksoy@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-8929-6124, Makalenin Gönderim Tarihi: 23.05.2024, Kabul Tarihi: 18.09.2024

Abstract: According to Article 18/A, Paragraph 11 of the Law on Mediation in Legal Disputes, if one of the parties fails to attend the initial meeting without a valid excuse and as a result, the mediation process terminates, the absent party is noted in the final minutes. Even if this party partially or completely prevails in the case, they shall be held responsible for all litigation costs. Additionally, no attorney fees shall be awarded in favor of this party. The Constitutional Court decided on March 14, 2024, that the provisions stating “even if this party partially or completely prevails in the case, they shall be held responsible for all litigation costs” and “additionally, no attorney fees shall be awarded in favor of this party” are unconstitutional and ordered their annulment. However, since the same regulation is included in the 12th paragraph of Article 3 of the Labor Courts Law, the said sanction continues to be applied to the party who does not attend the first mediation meeting in employee-employer disputes without giving a valid excuse. In order for the sanction stipulated in the Law to be applied, one of the parties must not attend the first meeting without giving a valid excuse and therefore the mediation process must be terminated. The sanction to be applied in case of non-attendance at the initial meeting aims to ensure the participation of the parties in the mediation process. Therefore, it is stated that the regulation serves a legitimate purpose. However, in the mediation method where the principle of volunteering is valid, it is a matter of debate in the doctrine whether forcing the parties to participate in the process is against the right to legal remedies.

Keywords: First Mediation Meeting, Valid Excuse, Sanction, Right to Legal Remedies, Principle of Proportionality

GİRİŞ

Arabuluculuğu tahkim ve davadan ayıran özellik gönüllülük esasına dayanan alternatif çözüm yöntemi olmasıdır.¹ Arabuluculuk sürecinin başarıyla sonuçlanması için tarafların bu yöntem başvurmaya ve uyuşmazlığı müzakere etmeye istekli olması gerekir. Arabuluculuk kültürünün yeterince yaygınlaşmadığı toplumlarda bireyler, arabuluculu-

¹ Henry Brown/Arthur Marriot, *ADR Principles and Practice*, 2. Baskı, Sweet & Maxwell, London, 1999, s. 127; Bawazır Maliha Swaleh, *An Analysis of Mandatory Mediation*, Dissertation, Strathmore University Faculty of Law, 2016; Mustafa Göksu, “Mandatory Mediation in Labour Disputes”, *Press Academia Procedia (PAP)*, Vol. 3, 2017 (38), s. 379; Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 43; Ömer Ekmekçi/Muhammet Özokes/Murat Atalı/Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 17; Mustafa Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 39; Cansu Korkmaz, “Davaların Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk İncelemesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 7, S. 2, 2022, s. 1368.

ğa başvurmakta ve sürece katılmakta çekimser davranabilir.² Bu bağlamda tarafları, uyuşmazlığı müzakere etmek üzere bir araya getirmek için bazı düzenlemeler yapılması ihtiyacı ortaya çıkabilir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 18/A maddesinin 11'inci fıkrasında ve İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 12'inci fıkrasında, tarafların en azından ilk toplantıya katılmasını sağlamak amacıyla, yaptırım öngörülmüştür. Buna göre, geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmayan taraf, davada kısmen veya tamamen haklı çıksa dahi yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez.

HUAK'ın 18/A maddesinin 11'inci fıkrası, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak 14.03.2024 tarihinde iptal edilmiştir. Ancak aynı düzenleme İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) m. 3/12'de de yer aldığından iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmama hâlinde yaptırım uygulanır. Ayrıca 9. Yargı Paketi³ ile ilk toplantıya katılmamanın yaptırımının, HUAK'ın 18/A maddesinin 11'inci fıkrasında ve İMK'nin 3'üncü maddesinin 12'nci fıkrasında, yeknesaklık sağlanması amacıyla yeniden düzenlenmesi planlanmaktadır. O hâlde söz konusu mesele hâlen güncelliğini korumaktadır. Bu nedenle, çalışmamızda öncelikle arabuluculuk ilk toplantısına katılmamanın yaptırımının uygulanmasının şartları ele alınacaktır. Daha sonra ise Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları dikkate alınarak söz konusu yaptırımın hak arama özgürlüğü ve arabuluculuğun temel felsefesi bağlamında yerinde olup olmadığı değerlendirilecektir. Belirtmek gerekir ki, bu çalışmanın yayın sürecinde 9. Yargı Paketi ile getirilmek istenen düzenlemeler henüz kanunlaşmadığından mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde konu ele alınmış ve gerektiğinde planlanan değişikliklere ilişkin değerlendirmelere dipnotta yer verilmiştir.

² C. Hutchinson Campbell, "The Case for Mandatory Mediation", *Loyola Law Review*, Vol. 42, No. 1, 1996, s. 89-90; Richard C. Reuben, "Tort Reform Renews Debate Over Mandatory Mediation", *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 13, 2007, s. 13; Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 91.

³ Bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/WebOnergeMetni/c3d4bbf9-eb20-4e80-ac3d-e7772a54c139.pdf>, E.T. 08.08.2024.

I. ARABULUCULUK İLK TOPLANTISINA KATILMAMANIN YAPTIRIMINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 12'nci fıkrasına göre, "Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır". Aynı düzenleme, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 11'inci fıkrasında da yer almaktadır.⁴

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73/A maddesinin 2'nci fıkrasına göre, "7.6.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin on birinci fıkrası tüketici aleyhine uygulanmaz". O hâlde tüketici hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda geçerli mazeret göstermeksizin arabuluculuk ilk toplantısına katılmayan ve tüketici olan tarafın, katılmama sebebiyle yargılama giderlerinden sorumlu tutulması mümkün olmadığı gibi, lehine vekalet ücretine hükmedilmeme yaptırımı da uygulanmaz.⁵

II. 9. YARGI PAKETİYLE YAPILMASI PLANLANAN DEĞİŞİKLİKLER

Kamuoyunda 9. Yargı Paketi olarak bilinen Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi⁶ Türkiye Büyük Millet

⁴ Ancak Anayasa Mahkemesi, 14.03.2024 tarihinde, HUAK m. 18/A'nın 11'inci fıkrasının "bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur bölümünün ve "ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez" cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı, 18.01.2025 tarihinde yürürlüğe girecektir.

⁵ Mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmayan tüketici hakkında yaptırım uygulanmamasına ilişkin düzenlemenin yerinde olmadığı yönünde bkz. İbrahim Ermenek, Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 260.

⁶ Bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/WebOnergeMetni/c3d4bbf9-eb20-4e80-ac3d-e7772a54c139.pdf>, E.T. 08.08.2024.

Meclisi'nde görüşülmektedir. Kanun teklifinin 6325 sayılı Kanun'un 18/A maddesinin on birinci fıkrasında değişiklik öngören 32'nci maddesine göre "bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderlerinin yarısından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenen vekâlet ücretinin yarısına hükmedilir." Aynı düzenleme, uygulamada yeknesaklığın sağlanması amacıyla, kanun teklifinin 35'inci maddesiyle 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 12'nci fıkrasında da yapılmak istenmektedir.

9. Yargı Paketinde yer alan düzenlemeye göre, arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan tarafın yargılama giderlerinden sorumluluğu yarıya indirilmekte ve davada haklı çıkması hâlinde lehine vekalet ücretinin yarısına hükmedilmektedir. Yapılması planlanan değişiklikler Anayasa Mahkemesi'nin kararında belirtilen hususları tam olarak karşılamamaktadır. Söz konusu değişiklikler, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile İş Mahkemeleri Kanunu arasında yeknesaklık sağlanması amacıyla getirilmiştir. Bu yönüyle, Anayasa Mahkemesi kararının şeklen yerine getirilmesi için böyle bir düzenleme öngörüldüğü söylenebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmamanın yaptırımına ilişkin olarak, çalışmamızda yapmış olduğumuz eleştiriler, 9. Yargı Paketi ile getirilmesi planlanan düzenleme için de aynen geçerlidir. Bu nedenle, çalışmamızın ilgili kısımlarında bu değişikliklere ayrıca dipnotta yer verilecektir.

III. ARABULUCULUK İLK TOPLANTISINA KATILMAMANIN YAPTIRIMININ UYGULANMA ŞARTLARI

A. İlk Toplantıya Katılmama

Arabuluculuk sürecinin taraflarının, davada kısmen veya tamamen haklı çıksa dahi yargılama giderlerinden sorumlu tutulabilmesi ve lehine vekâlet ücretine hükmedilmemesi, arabuluculuk ilk toplantısına katılmamalarına bağlıdır. Diğer bir ifade ile, yaptırımın uygulanması sadece ilk toplantı için geçerlidir. Arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu hâllerde ilk oturumla son oturum birlikte yapılabilir. Bu hâlde, tutanak son oturum tutanağı olarak düzenlense de ilk oturuma katılmama yaptırımının uygulanması gerekir.

Arabuluculuk sürecinde birden fazla toplantı yapılmasının kararlaştırılması hâlinde, tarafların sonraki toplantıya katılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle, usulüne uygun gönderilen davet mektubu üzerine ilk toplantıya katılan tarafların sonraki toplantıya katılmaması hâlinde herhangi bir yaptırım uygulanmaz.⁷

İlk toplantıya katılmama sebebiyle İMK'da öngörülen yaptırımın uygulanabilmesi için öncelikle taraflara ulaşılması ve tarafların toplantıya davet edilmiş olması gerekir. Şayet taraflara ulaşılammışsa Kanun'da öngörülen yaptırım uygulanamaz.⁸ Aynı şekilde, tarafların usulüne uygun şekilde davet edilmemiş olmaları hâlinde de ilk toplantıya katılmamanın yaptırımının uygulanması söz konusu olamaz. Zira usulüne uygun olarak davet edilmeyen veya kendisine ulaşılmayan taraftan ilk toplantıya katılmasını beklemek mümkün değildir. İMK'da öngörülen yaptırımın uygulanması bağlamında, arabulucunun tarafları usulüne uygun şekilde davet edip etmediğinin belirlenmesi büyük öneme sahiptir. Arabulucu, taraflara ulaşmak için sms, telefonla arama, E-mail gönderme gibi her türlü iletişim vasıtasını kullanabilir. Arabulucunun, taraflara ulaşmak için hangi yolları denediğini son tutanakta detaylı bir şekilde belirtmesi gerekir. Zira bu durum, görevin gereği gibi yerine getirildiğinin gösterilmesi bakımından gereklidir. Ancak belirtmek gerekir ki, arabulucunun usulüne uygun şekilde tarafları davet etmiş olmasına rağmen, tarafların bu davetten haberdar olmadığı için ilk toplantıya katılmaması ihtimâl dâhilindedir. Örneğin, gönderilen E-mail veya sms taraflarca okunmamış veya görülmemiş olabilir. Aynı şekilde kargo ile gönderilen davet mektubu, tarafa değil, başka birine teslim edilmiş olabilir. Bu gibi hâllerde, taraflara gerçekten ulaşıp ulaşılmadığı sorunuyla karşılaşılabılır. Diğer uyuşmazlıklarda ise HUAK m. 18/11 hükmü iptal edildiğinden, arabulucunun tarafları usulüne uygun olarak davet edip etmediğinin, ilk

⁷ Yaptırımın sadece ilk toplantı ile sınırlandırılmasının ölçülü olduğu hakkında bkz. Mert Namlı, "Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 15, S. 60, Y. 2018, s. 1312.

⁸ Faruk Barış Mutlay, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.7 İş Hukuku, Editör: Tankut Centel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 148.

toplantıya katılmama yaptırımının uygulanması bakımından önemi yoktur. Ancak 9. Yargı Paketi ile HUAK m. 18/11'de yapılması planlanan değişiklik kanunlaşırca, söz konusu açıklamalar burası için de geçerli olacaktır.

Tüketici hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, tüketicinin sonraki toplantılara katılma zorunluluğu bulunmadığı gibi ilk toplantıya katılma zorunluluğu da yoktur. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73/A maddesinin 2'nci fıkrasında, tüketici lehine bir istisna getirilmiştir. Düzenleme ile, arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan tüketici taraf hakkında Kanun'da öngörülen yaptırımın uygulanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle, tüketici olan taraf ilk toplantıya gelmese dahi söz konusu yaptırım uygulanamaz. Bununla birlikte arabulucu, tüketici olan tarafın ilk toplantıya katılmadığını son tutanağa yazmalıdır. Belirtmek gerekir ki, getirilen istisna sadece tüketici bakımından geçerlidir. Tüketici hukukundan kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, tüketici olmayan taraf, geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuk ilk toplantısına katılmazsa söz konusu yaptırım uygulanır.⁹

B. Geçerli Mazeret Gösterilmemesi

Yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulma ve lehine vekâlet ücretine hükmedilmeme yaptırımının¹⁰ uygulanabilmesi için ilk toplantıya katılmama yeterli olmayıp, bunun geçerli bir mazerete dayanmaması da gerekir. Diğer bir ifade ile taraf, geçerli bir mazeret göstererek ilk toplantıya katılmamışsa, sırf bu nedenle, yargılama giderlerinden sorumlu tutulamaz ve vekâlet ücretine hükmedilmeme yaptırımı uygulanamaz. Böyle bir durumda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 326/1 uyarınca, davada haksız çıkan taraf yargılama giderlerine katlanır.

⁹ Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe girmesi üzerine sadece tüketici için değil geçerli mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmayan diğer taraf bakımından da söz konusu yaptırımın uygulanması mümkün olmayacaktır.

¹⁰ 9. Yargı Paketi'ndeki kanun teklifi (m. 32 ve m. 35) kanunlaşırca, bu yaptırım, yargılama giderlerinin yarısından sorumlu tutulma ve davada haklı çıkma hâlinde vekâlet ücretinin yarısına hükmedilme şeklinde uygulanacaktır.

Arabuluculuk ilk toplantısına katılmamanın yaptırımına benzer bir düzenle HMK m. 327’de yer almaktadır. Söz konusu hükme göre, “gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilâm harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir”. Görüldüğü üzere, davada haklı çıkan taraf davanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet vermişse yargılama giderlerini ödemek durumunda kalabilir. HMK m. 327/1 uyarınca yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağına karar verme hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır.¹¹ Bu nedenle, mahkeme ilgili tarafın yargılama giderlerinden sorumlu olmayacağına da hükmedebilir. Buna karşılık, arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan tarafın yargılama giderlerinden sorumlu olacağına ilişkin yaptırımın uygulanması hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmamıştır.¹²

İş Mahkemeleri Kanunu’nda geçerli bir mazeretten bahsedilmekle birlikte, bir mazeretin ne zaman geçerli sayılacağı açıklanmamıştır. Bu bağlamda “geçerli mazeret” kavramına yüklenecek anlam önem kazanmaktadır. Geçerli mazeretin, dar yorumlanması, ilk toplantıya katılmayan tarafın ölçülülük ilkesine aykırı şekilde ağır bir yaptırıma maruz kalmasına, geniş yorumlanması ise, arabuluculuktan beklenen faydanın elde edilememesine sebebiyet verebilir.¹³ Anayasa Mahkemesi bir kararında, geçerli bir mazeret kavramının genel bir ifade olmakla birlikte belirsiz ve öngörülemeyen olmadığını, bu kavramdan, ilgili tarafın arabuluculuk toplantısına katılmasına engel teşkil eden, her somut duruma göre değişiklik gösterebilecek nitelikteki mücbir sebeplerin ve beklenmedik durumların anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁴ Kanaatimizce geçerli mazeret, tarafın arabuluculuk ilk toplantısına katılmasını engelleyen veya güçleştiren durumlardır. Geçerli mazeret, her somut duruma göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Zira hangi sebeplerin geçerli mazeret sayılacağına katalog şeklinde önce-

¹¹ Seda Özmumcu, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 835; Namlı, İlişki, s. 1312.

¹² Özmumcu, s. 835; Namlı, İlişki, s. 1312.

¹³ Namlı, İlişki, s. 1313-1314.

¹⁴ AYM, T. 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77, RG. 18.04.2024, S. 32521.

den belirlenmesi mümkün değildir. Bu bağlamda geçerli mazeretin kapsamına hastalık, trafik kazası gibi beklenmedik durumların yanı sıra başka şehirde bulunma da dâhil edilmelidir. Arabuluculuk sürecinde anlaşmama ve hakkını mahkemede arama yönünde kararlı olan tarafın sırf yaptırıma maruz kalmamak adına başka şehirden toplantıya katılmasını beklemek arabuluculuğun ruhuyla bağdaşmadığı gibi taraf açısından gereksiz masraf yapılmasına neden olabilir.

İlk toplantıya katılmayan tarafın göstermiş olduğu mazeretin kim tarafından nasıl değerlendirileceği hususunda Kanun'da açıklık yoktur. Bununla birlikte madde gerekçesinde hangi mazeretin geçerli olduğunun öncelikle arabulucu tarafından somut duruma göre tespit edileceği ifade edilmiştir.¹⁵ Arabulucu, gösterilen mazeretin geçerli olduğu kanaatine varırsa, arabuluculuk süreside henüz dolmamışsa yeni bir toplantı günü tayin etmelidir. Ancak tarafın göstermiş olduğu mazeret, arabuluculuk süresi içerisinde yeni bir toplantı yapılmasını imkânsız hâle getiriyorsa, arabulucu sürenin bitmesi üzerine son tutanak düzenleyerek süreci sonlandırmalıdır.¹⁶ Geçerli bir mazeret gösterilmesi üzerine yeni bir toplantı günü tayin edilirse, İMK'da öngörülen yaptırıma maruz kalmak istemeyen tarafın, bu toplantıya da geçerli mazerete dayanarak katılmaması gerekir. Aksi hâlde taraf, söz konusu yaptırımla karşı karşıya kalır.¹⁷

Dava açılması hâlinde mahkeme, arabulucunun değerlendirilmesinden bağımsız olarak, gösterilen mazeretin geçerli olup olmadığına karar verir. Nitekim gerekçede, geçerli mazeretin öncelikle arabulucu tarafından değerlendirileceği, uyuşmazlığın mahkemeye taşınması hâlinde, şayet ileri sürülürse, nihaî değerlendirmenin mahkeme tarafından yapılacağı ifade edilmiştir.¹⁸ O hâlde taraflar arabulucunun değerlendirmesine karşı mahkemede itiraz etme imkânına sahip olup, buna ilişkin nihaî karar mahkeme tarafından verilir. Mahkemenin mazeretin geçerli olup olmadığına ilişkin kararına göre ise, Kanun'da öngörülen yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağı belirlenir. Arabulu-

¹⁵ Gerekçe için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>, E.T: 15.05.2024.

¹⁶ Mutlay, s. 146.

¹⁷ Mutlay, s. 147.

¹⁸ Gerekçe için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>, E.T: 15.05.2024.

cunun geçersiz olarak değerlendirdiği mazeretin mahkeme tarafından geçerli olduğuna karar verilmesi hâlinde, yeni bir toplantı yapılması için dosya arabulucuya gönderilmez.¹⁹ Ancak böyle bir hâlde, yargılama giderlerinden sorumlu tutulma ve lehine vekâlet ücretine hükmedilmeme yaptırımı, ilk toplantıya katılmayan taraf hakkında uygulanmaz.²⁰

Arabulucunun geçerli olarak kabul ettiği bir mazeretin mahkemede geçersiz olduğunun ileri sürülüp sürülemeyeceğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere,²¹ arabulucunun herhangi bir konuda karar verme yetkisi olmadığından, taraflardan birinin itirazı üzerine mahkeme, arabulucunun mazeretin geçerli olduğuna ilişkin değerlendirmesini inceleyebilir. Arabuluculuk faaliyeti ilk toplantının yapılamaması sebebiyle sona ermişse ve mahkeme mazereti geçerli görmemişse, Kanun'da öngörülen yaptırım uygulanmalıdır. Bununla birlikte, arabulucunun mazereti geçerli kabul etmesi ve daha sonra yapılan davete tarafların katılması ve anlaşamaması hâlinde, arabulucunun mazeretin kabulüne ilişkin değerlendirmesinin mahkemece incelenmesinin bir önemi yoktur. Zira yaptırımın uygulanması için ilk toplantıya katılmamanın yanı sıra sürecin bu sebeple sona ermesi de gerekir.

Arabulucunun, gösterilen mazeretin geçerli olup olmadığına ilişkin değerlendirmesinin mahkeme tarafından re'sen incelenip incelenmeyeceği üzerinde de durulmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, kamu düzenine ilişkin olmadığı için mahkeme, itiraz yoksa, mazeretin geçer-

¹⁹ Aksi hâlde sürecin gereğinden fazla uzayacağına ve bu durumun arabuluculuktan beklenen faydanın gerçekleşmesine engel olacağına ilişkin bkz. Mutlay, s. 151-152. Düzenleme ile uyuşmazlığın arabuluculukta çözülmesi amaçlandığından böyle bir durumda mahkeme, taraflara arabuluculuğa başvurması için süre vermelidir (Betül Azaklı Arslan, Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 233).

²⁰ Namlı, İlişki, s. 1314; "Bu uyuşmazlık mahkemeye intikal ettiğinde ilk etapta arabulucu tarafından ortaya konan durum mahkemece denetlenecek ve ileri sürülmüşse mazeretin geçerliliği konusunda nihai karar mahkeme tarafından verilecektir. Arabulucu tarafından geçersiz görülen mazeretin mahkeme tarafından geçerli görülmesi halinde uyuşmazlık yeniden arabulucuya gönderilmemeli ve mahkeme tarafından sonuçlandırılmalıdır. Ancak bu durumda on ikinci fıkrada öngörülen yaptırım uygulanmamalıdır." (Madde gerekçesi). Gerekçe için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>, E.T: 15.05.2024.

²¹ Mutlay, s. 152-153.

li olup olmadığını re'sen inceleyemez.²² Kanaatimizce de mahkemenin bu hususta re'sen inceleme yetkisi yoktur. Mazeretin geçerli olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin yerinde olmadığını düşünen taraf buna itiraz imkânına sahiptir. Nitekim gerekçede de ileri sürülmüşse mazeretin geçerliliği konusunda nihaî kararın mahkeme tarafından verileceği ifade edilmiştir.

İlk toplantıya katılmamanın mazeretinin ne zamana kadar bildirilmesi gerektiği belirsizdir. Bu bağlamda, tarafların arabuluculuk süresinin bitmesinden sonra geçmişe dönük olarak mazeret sunmasının mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Doktrinde bir görüşe göre,²³ taraflara geçmişe dönük olarak mazeret bildirme imkânı verilmelidir. Zira mazeretin elde olmayan sebeplerle arabuluculuk süresi içinde sunulamamış olması mümkündür. Mahkeme bildirilen mazeretin geçerli olduğu kanısına varırsa, ilk toplantıya katılmayan taraf hakkında Kanun'da öngörülen yaptırım uygulanmamalıdır. Kanaatimizce toplantıya katılmayacak olan tarafın mazeretini en geç toplantı zamanından önce arabulucuya bildirmesi gerekir. İlk toplantı taraflar gelmediği için görüşme yapılamadan anlaşamama şeklinde sonlandırılmışsa, artık arabulucuya mazeret bildirmenin bir önemi kalmaz. Zira son tutanak düzenlenmiş ve dosya kapatılmıştır. Bununla birlikte, Kanun'da öngörülen yaptırıma maruz kalmak istemeyen taraf mazeretini mahkemede ileri sürebilir. Tarafın mazeretini daha önceden bildirmesini engelleyen durumlar gerçekleşmiş olabilir. Örneğin, bir trafik kazası sonucu belirli bir süre hastanede yatmış olan tarafın süresi içinde mazeret bildirememesi olağan karşılanmalıdır. Tarafın mazeretini daha sonra ileri sürülemeyeceğinin kabulü, arabuluculuğun ruhuyla bağdaşmaz.

C. İlk Toplantıya Katılmama Sebebiyle Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi

Arabuluculuk ilk toplantısına tarafların geçerli bir mazeret göstermeksizin katılmamış olması İMK'da öngörülen yaptırımın uygulanması bakımından tek başına yeterli değildir. Ayrıca sürecin bu nedenle sona ermiş olması gerekir. Nitekim HUAK'ın 18/A maddesinin 11'inci

²² Mutlay, s. 151.

²³ Mutlay, s. 152.

fıkrasında ve İMK m. 3/12 hükmünde “taraplardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir” ifadesine yer verilerek tarafların geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmamasının süreci sona erdiren bir durum olduğu düzenlenmiştir. Ancak bu kuralın mutlak şekilde uygulanması arabuluculuğun doğasıyla bağdaşmaz. Diğer bir ifade ile, taraflardan biri ilk toplantıya gelmişse ve yeni bir toplantı düzenlenmesini ve sürece devam etmek istediğini belirtmişse, arabulucu süreci sona erdirmemeli ve yeni toplantı için tarafları tekrar davet etmelidir.²⁴ Yapılan yeni davet üzerine taraflar toplantıya katılmış, ancak anlaşmaya varamamışlar ise, İMK’da öngörülen yaptırım uygulanamaz. Zira böyle bir durumda sürecin sona ermesi, toplantıya katılmamadan değil, anlaşma sağlanamamasından kaynaklanmaktadır.

Tarafların geçerli bir mazeret göstererek toplantıya katılmaması hâlinde arabulucunun toplantı için yeni bir gün tayin ederek tarafları yeniden davet etmesi gerekir. Yapılan ikinci davet üzerine taraflar geçerli mazeret göstermeksizin katılmazsa, İMK’da öngörülen yaptırımın uygulanıp uygulanamayacağı sorulabilir. Bu soruya cevap vermeden önce, taraflardan sadece birinin katıldığı, diğer tarafın mazeret bildirerek katılmadığı toplantının nasıl nitelendirileceğinin tespiti gerekir. Kanaatimizce taraflardan sadece birinin katılmış olduğu bu toplantı, ilk toplantı değil, bir ön görüşme olarak nitelendirilmelidir. Gönderilen yeni davet mektubu üzerine yapılacak toplantı ise ilk toplantı olarak kabul edilmeli ve tarafların geçerli bir mazeret göstermeksizin katılmaması üzerine söz konusu yaptırım uygulanmalıdır.

IV. ARABULUCULUK İLK TOPLANTISINA KATILMAMANIN YAPTIRIMININ BAZI TEMEL HAKLARLA İLİŞKİSİ

A. Mülkiyet Hakkı

Anayasa’nın 35’inci maddesinin 1’inci fıkrasına göre, “Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir”. Mülkiyet hakkı, Anayasa ile güvence altına alınmış temel haklardan biridir. Ancak mülkiyet hakkı da Anayasa’da koruma altına alınan diğer temel hak ve özgürlükler gibi

²⁴ Mutlay, s. 146.

sınırsız değildir. Nitekim Anayasa'nın 35'inci maddesinin 2'nci fıkrasında mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği açıkça düzenlenmiştir.

Ekonomik değere sahip olan her türlü mal varlığı mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.²⁵ Bu bağlamda, geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuk ilk toplantısına katılmayan tarafın ödemek zorunda kalacağı yargılama giderleri ve mahrum kalacağı vekâlet ücreti de mülkiyet hakkına dâhildir.²⁶ O hâlde, arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin kalınmamanın yaptırımı, mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmektedir.

B. Hak Arama Özgürlüğü

Hak arama özgürlüğü, kişilerin hak arama yoluna başvururken tamamen özgür olmasını ve bir hakkın ihlâl edilmesi hâlinde bu ihlâlin ortadan kaldırılması için başvurulabilecek yolları ifade eder.²⁷ Anayasa'nın 36'ncı maddesinde yer alan, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" hükmüyle hak arama özgürlüğü güvence altına alınmıştır²⁸. Hak arama özgürlüğü ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13'üncü maddesinde "etkili başvuru hakkı" başlığı altında düzenlenmiştir.

Bir kimsenin haksızlığa maruz kaldığını ifade edebilmesinin ve uğradığı zararın giderilmesini talep etmesinin en etkili yollarından birisi dava açmaktır.²⁹ Bu nedenle, kişilere hak arama özgürlüğünün gereği olarak dava açma hakkının ve davalı olarak savunma imkânının

²⁵ AYM, T. 01.07.2015, E. 2015/39, K. 2015/62, RG. 15.07.2015, S. 29417.

²⁶ AYM, T. 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77, RG. 18.04.2024, S. 32521.

²⁷ N. Tuğçe Bahadır, Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 22; İsmail Köküarı, "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 1, Y. 2011, s. 165.

²⁸ Anayasa'nın 36'ncı maddesinde hak arama özgürlüğünün genel çerçevesi çizilmekte iken 40'uncü maddesi bireylere daha kapsamlı bir başvuru hakkı tanımaktadır (Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınları, 2019, s. 217).

²⁹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 220; AYM, T. 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77, RG. 18.04.2024, S. 32521.

tanınması gerekir.³⁰ Mahkeme önünde davacı veya davalı olma, hak arama özgürlüğünün temel unsurlarındandır.³¹

Bireylere hak arama özgürlüğü tanınması, devletin aslı görevlerinden biridir.³² Hak arama özgürlüğünün etkili bir şekilde kullanıldığına kabul edilmesi için maliyetlerin yargı yoluna başvurmayı engelleyici mahiyette olmaması gerekir.³³ Aksi hâlde sadece maddi durumu iyi olan kişilerin hak arama özgürlüğüne sahip olmasından söz edilir.³⁴ Mahkemeye başvurmayı dolaylı da olsa güçleştiren veya engelleyen düzenlemeler hak arama özgürlüğünü ihlâl eder.³⁵

Hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarında,³⁶ "Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da Anayasanın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Bu noktada Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir" ifadesine yer vermiştir. Belirtmek gerekir ki, hak arama özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirilebilir. Bu sınırlama sadece kanun ile getirilebilir.³⁷ Ancak iş yükünün fazla olduğu gerekçesiyle hak arama özgürlüğü zorlaştı-

³⁰ Bahadır, s. 40; Mesut Aydın, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 3, 2006, s. 11; Özmumcu, s. 838.

³¹ Aydın, s. 10; Köküsarı, *Değişiklikler*, s. 166.

³² Muhammet Özekes, "Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım", *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu 2018, Pozitif Matbaacılık*, Ankara, 2019, s. 123; Kübra Doğan Yenisey, "İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı*, Editör: Kübra Doğan Yenisey, 2016, s. 182.

³³ Bahadır, s. 48.

³⁴ Bahadır, s. 48.

³⁵ Mutlay, s. 35.

³⁶ AYM, T. 01.11.2012, E. 2010/83, K. 2012/169, RG. 22.02.2013, S. 28567; AYM, T. 16.04.2015, B. B. No: 2014/5836, RG. 11.07.2015, S. 29413, AYM, T. 19.12.2013, B. B. No: 2013/2187, RG. 07.01.2014, S. 28875.

³⁷ Köküsarı, *Değişiklikler*, s. 172.

rılamaz ve engellenemez.³⁸ Aksinin kabul edilmesi hakkın özünün zedelenmesi anlamına gelir.³⁹

Uyuşmazlıkların dostane yöntemlerle çözümünü teşvik edici düzenlemeler yapılabilir.⁴⁰ Taraflarca çözüm bulunamaması hâlinde ise, bunun devlet tarafından gerçekleştirilmesi gerekir.⁴¹ Devletin uyuşmazlığı çözme görevini, tarafları alternatif uyuşmazlık yöntemlerine başvurmaya zorlayarak yerine getirmesi mümkün değildir.⁴² Bu nedenle, hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması bağlamında, dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler, taraflara ölçüsüz yükümlülükler getirmemelidir.⁴³ Arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan taraf hakkında uygulanacak yaptırım, hak arama özgürlüğüne müdahale teşkil etmektedir. Bu bağlamda, söz konusu yaptırımın ölçüsüz olup olmadığı ve hak arama özgürlüğünü ihlâl edip etmediği aşağıda⁴⁴ ayrıca değerlendirilecektir.

C. Mahkemeye Erişim Hakkı

Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkemeye taşınarak etkili bir şekilde karara bağlanmasını talep etme hakkı olarak ifade edilmektedir.⁴⁵ Hak arama özgürlüğü kapsamında yer alan mahkemeye erişim hakkı⁴⁶ için herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Ancak

³⁸ Özekes, Yaklaşım, s. 125.

³⁹ Özekes, Yaklaşım, s. 125. Hakkın özüne dokunmama sınırlamanın o hakkı etkisiz hale getirecek dereceye varmamasını ifade eder (Köküsarı, Değişiklikler, s. 173).

⁴⁰ Özekes, Yaklaşım, s. 123; Hakan Albayrak, "Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu", *Gazi-antep University Journal of Social Sciences*, 17 Etik Özel Sayı, 2018, s. 17, dn. 23; Mert Namlı, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı*, Editör: Kübra Doğan Yenisey, 2016, s. 156.

⁴¹ Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 64, 2006, s. 152; Mutlay, s. 29.

⁴² Namlı, Arabuluculuk, s. 165.

⁴³ Bahadır, s. 160; Muhammet Özekes, "9. Yargı Paketi Hakkında Görüş ve Değerlendirme", <https://www.hukukihaber.net/9-yargi-paketi-hakkinda-gorus-ve-degerlendirme-muhammet-ozekes>, E.T. 08.08.2024.

⁴⁴ Bkz. § V. B. 3.

⁴⁵ Bahadır, s. 50; AYM, T. 07.11.2013, B. B. No. 2012/791, RG. 05.12.2013, S. 28842.

⁴⁶ Bahadır, s. 49. Mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğünün vazgeçilmez unsurudur (Burak Öztürk, *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Yetkin Yayınları*, Ankara, 2015, s. 75).

bu hak mutlak bir hak olmayıp, sınırlandırılabilir.⁴⁷ Anayasa'da güvence altına alınan diğer temel hak ve özgürlükler bu hakka sınır teşkil edebilir.⁴⁸

Bir kimsenin mahkemeye başvurmasının engellenmesi veya mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlâl eder.⁴⁹ Bununla birlikte, mahkemeye erişim hakkı engellenmemesi kaydıyla, arabuluculuğun geliştirilmesi için bazı yaptırımların öngörülebileceği ifade edilmektedir.⁵⁰ Bu bağlamda, geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmayan tarafın yargılama giderinden sorumlu tutulması ve lehine vekâlet ücretine hükmedilmemesi mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır.⁵¹

V. ARABULUCULUK İLK TOPLANTISINA KATILMAMANIN YAPTIRIMININ YERİNDELİĞİ SORUNU

A. Anayasa Mahkemesi'nin Konuya İlişkin Kararları

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin geçerli mazeret göstermeksizin arabuluculuk ilk toplantısına katılmamanın yaptırımını düzenleyen 12'inci fıkrasında yer alan "yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur" ifadesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla iptali için başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, 2018 yılında, söz konusu düzenlemenin arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırma amacı taşıdığı, hak arama özgürlüğüne ölçüsüz sınırlama getirilmediği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kararı şu şekildedir: "İptali istenen kural da yargılama masraflarının davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi şeklindeki temel kuralın istisnalarından birini teşkil edebilecek niteliktedir. Kuralın ge-

⁴⁷ Bahadır, s. 51; Ersin Erdoğan, "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 14, S. 55, 2017, s. 1230.

⁴⁸ AYM, T. 13.11.2014, E. 2013/95, K. 2014/176, RG. 13.03.2015, S. 29294.

⁴⁹ AYM, T. 28.11.2013, E. 2013/40, K. 2013/139, RG. 09.05.2009, S. 28995.

⁵⁰ Bahadır, s. 162; Erdoğan, s. 1225.

⁵¹ AYM, T. 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77, RG. 18.04.2024, S. 32521; Erdoğan, s. 1222. Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun mahkemeye erişim hakkını sınırladığına ilişkin ayrıca bkz. Bahadır, s. 114; Özmumcu, 2016, s. 838; Kürşat Karacabey, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 2016, s. 467.

rekçesi dikkate alındığında tarafların arabuluculuk daveti üzerine dürüstlük kuralları çerçevesinde ilk toplantıya katılarak bir araya gelmeleriyle ve aralarındaki uyuşmazlığı müzakere etmeleriyle amaçlananın ortak bir sonuç ve karara varmaları için gerekli ortamın hazırlanması olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca kural mazeret nedeniyle ilk toplantıya katılmama durumunu kapsam dışında tuttuğundan, sadece keyfi bir şekilde arabuluculuk sürecini sekteye uğratabilecek davranışları engellemeyi hedeflemektedir. İptali istenen kuralın da bu nedenle arabuluculuğun ilk toplantısına katılım yönünde gösterilen iyi niyetli çabayı esas alarak yargılama giderlerinin kime yükletileceğini belirlediği görülmektedir. Bu yönüyle kuralla uzun ve maliyetli yargılama süreçlerine maruz kalınmaksızın arabuluculuk yoluyla çözülebilecek bir meseleyi baştan reddederek uyuşmazlığın çözümünün gecikmesine ve gereksiz giderler yapılmasına neden olan tarafın bu davranışına yargılama giderlerinden sorumlu tutulma sonucunun bağlanarak arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılmak istendiği anlaşılmaktadır. Anılan amaç uyuşmazlıkların en kısa sürede ve en az masrafla sonuçlandırılması biçimindeki anayasal ilkeyle uyumlu olup kuralın bu amaca ulaşma yönünden gerekli, elverişli ve orantılı olmadığı söylenemez. Öte yandan geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuğun ilk toplantısına katılmama hâli yalnızca açılacak davada arabuluculuk ücreti de dâhil tüm yargılama giderlerinden sorumluluk sonucunu doğurmakta olup ilk toplantıya mazeretsiz katılmayan tarafın yargı yoluna başvurmamasına engel bir durum bulunmamaktadır. Bu yönleriyle dava şartı olarak arabuluculuk kurumunun işlerliğini sağlamayı amaçlayan iptal istemine konu kuralın hak arama hürriyetinin özüne dokunan bir nitelik taşımadığı ve ölçüsüz bir sınırlama olmadığı açıktır. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir".⁵²

Anayasa Mahkemesi'nin ret kararından sonra bu defa HUAK'ın 18/A maddesinin 11'inci fıkrasında yer alan ve geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmama sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde toplantıya katılmayan taraf hakkında uygulanacak yaptırımını düzenleyen "bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tu-

⁵² AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82, RG. 11.12.2018, S. 30622.

tulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez” ifadesinin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla iptali için başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3’üncü maddesinde yer alan ve içerik olarak aynı olan söz konusu düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu kanaatiyle iptal edilmesine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin kararı şu şekildedir: “Kurallarla mazeretsiz olarak arabuluculuk ilk toplantısına katılmayan tarafa süreç sonunda haklı çıkarsa dahi tüm yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulması ve vekâlet ücretinden yoksun bırakılmasının belirli ölçüde kişileri ilk toplantıya katılmama yönünde hareket etmekten alıkoyacağı açıktır. Böyle bir zorunluluğun öngörülmesiyle mülkiyet ve mahkemeye erişim haklarına yönelik yapılan sınırlamaların arabuluculuk kurumunun işlerliğinin sağlanması bakımından toplumsal bir ihtiyaca cevap verdiği görülmektedir. Diğer yandan devletin yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin çareler oluşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesi sağlanırken kişilere yüklenen külfetin aşırı ve orantısız sonuçlar doğurmaması gerekir. Kurallar, karşı tarafında da arabuluculuk toplantısına katılmasını zorlayıcı bir etki oluşturmakla birlikte bu kişilerin yargılama sonunda kısmen ve hatta tamamen haklı çıkarsa dahi yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulmasını ve vekâlet ücretinin tamamından yoksun kalmasını öngörmektedir. Kuralın bu hâliyle haklılığı yargı kararı ile ortaya çıkan kişilerin her halükârda yüksek tutarları bulabilecek maddi külfetlere katlanmasına neden olabileceği açıktır. Bu itibarla haklılık durumu gözetilerek uygulanabilecek istisnalar ya da belli bir üst sınır öngörülmeden, özellikle yargılamada tamamen haklı çıkan, diğer bir ifadeyle aslında bütünüyle haksız bir sürece maruz kaldığı yargılamanın sonucunda anlaşılan tarafın özel durumu da gözetilmeden, mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmayan tarafın yargılama giderlerinden tümüyle sorumlu tutulmasının ve vekâlet ücretinin tamamından yoksun bırakılmasının kişilere aşırı bir külfet yüklediği, kamu yararı ile mülkiyet hakkı ve mahkemeye erişim hakları arasında gözetilmesi gereken adil dengelyi kişi aleyhine bozduğu ve bu itibarla orantısız bir sınırlamaya neden olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa’nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir”⁵³

⁵³ AYM, T. 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77, RG. 18.04.2024, S. 32521.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı aşağıda belirtmiş olduğumuz gerekçelerle⁵⁴ yerindedir. Ancak belirtmek gerekir ki, içtihat istikrarının sağlanması bakımından bu kararı eleştiriye açıktır. Mahkeme farklı kanunlarda düzenlenmekle birlikte içerik olarak aynı olan düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığını incelerken, 2018 yılında vermiş olduğu kararında Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği kanaatine varmışken, 2024 yılında Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatiyle iptaline karar vermiştir. Mahkemelerin gelişen ve değişen durumlara göre içtihat değişikliğine gitmesi doğaldır. Ancak hukuki güvenliğin sağlanması için içtihat değişikliğinin kabul edilebilir temellere dayandırılması gerekir. Keyfi içtihat değişiklikleri hukuki güvenlik ilkesine aykırılık teşkil eder. Zira kanunların olduğu gibi⁵⁵ mahkeme içtihatlarının da öngörülebilir olması gerekir⁵⁶. Anayasa Mahkemesi ise, sonraki tarihli iptal kararında, 2018 tarihinde verdiği karara hiç atıf yapmaksızın ve neden içtihat değişikliğine gidildiğini belirtmeksizin iptal kararı vermiştir. Bu durum yargı kararlarının öngörülebilirliği ile bağdaşmaz.⁵⁷

Anayasa Mahkemesi'nin aynı konuda farklı kararlar vermiş olmasının sürpriz karar yasağı çerçevesinde de değerlendirilmesi gerekir. Sürpriz karar yasağı, genel olarak adil bir yargılama sonunda tarafların öngöremedikleri bir kararla karşılaşmamaları anlamına gelir.⁵⁸ Be-

⁵⁴ Bkz. § V. D.

⁵⁵ Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir (AYM, T. 04.05.2017, E. 2015/41, K. 2017/98, RG. 03.08.2017, S. 30143).

⁵⁶ İsmail Köküarı, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 173; Mesut Köksoy, İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 43.

⁵⁷ Muhammet Özekes, "Anayasa Mahkemesi'nin HUAk m. 18/A f. 11'e İlişkin İptal Kararı Hakkında Kısa Değerlendirme", <https://www.hukukihaber.net/anayasa-mahkemesinin-huak-m-18a-f-11e-iliskin-iptal-karari-hakkinda-kisa-degerlendirme>, E.T. 08.08.2024. "Anayasa Mahkemesi bir konuda karar verirken, hiç kuşkusuz aynı konuda daha önce verdiği kararları da değerlendirmekte ve bunu yaparken içtihat istikrarı ile içtihadın değiştirilmesi ve geliştirilmesi ihtiyacı arasındaki hassas dengeyi dikkate almaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, içtihat değişikliğine gittiğinde önceki kararlardan neden ayrıldığını açıklamalı ve yeni görüşünü temellendirmelidir" (AYM, T. 12.10.2016, E. 2016/167, K. 2016/160, RG. 04.11.2016, S. 29878).

⁵⁸ Muhammet Özekes, Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 185; Varol Karaaslan, Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 211.

lirtmek gerekir ki, somut duruma göre mahkemelerin önceki içtihatlarından farklı yönde karar vermeleri mümkündür. İçtihat değişikliğine gidilmesi, her zaman sürpriz karar verme yasağına aykırı sayılmaz⁵⁹. Mahkeme gerekçesini belirtmişse, taraflara açıklama yapma imkânı tanımışsa, içtihat değişikliğine gidilmesi olağan karşılanabilir⁶⁰. Ancak aynı konu hakkında mahkemenin haklı bir gerekçe göstermeksizin farklı yönde karar vermiş olması, taraflarca öngörülemeyen bir durum olduğundan sürpriz karar yasağına aykırılık teşkil eder. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin arabuluculuk ilk toplantısına mazeretsiz olarak katılmamanın yaptırımına ilişkin hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmesine rağmen, içtihadından dönmesini haklı gösteren gerekçeleri açıklamaksızın daha sonradan aynı hükmün Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermesi, sürpriz karar yasağını ihlâl etmektedir.

B. Yaptırımın Ölçülülük İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz". Görüldüğü üzere, temel hak ve özgürlüklere kanunla sınırlama yetirilmesi mümkündür. Ancak bu sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir.

Temel bir hakkı sınırlandırırken özüne dokunulmaması ve o hakkın tanınmasını anlamsız kılacak düzenlemelerden kaçınılması gerekir.⁶¹ Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların meşruluğu, hakkın özüne dokunup dokunmadığına göre denetlenir.⁶² Sı-

⁵⁹ Özkes, Hukukî Dinlenme, s. 185.

⁶⁰ Özkes, Hukukî Dinlenme, s. 187; Karaaslan, s. 211.

⁶¹ Esin Örucü, "1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 41, S. 3-4, 1975, s. 146; Bahadır, s. 152.

⁶² Bahadır, s. 129. Hakkın özü kavramı hakkında bkz. Örucü, s. 146 vd. Hakkın özünün her bir temel hak ve özgürlük için değişik nitelikte olduğuna ilişkin ayrıca bkz. Zühtü Arslan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı*, C. 19, S. 1, 2002, s. 143.

nırlama, hakkın özüne dokunuyorsa ölçülülük ilkesine aykırıdır.⁶³ Hak arama özgürlüğünü engelleyen ve önemli ölçüde zorlaştıran düzenlemeler hakkın özüne dokunur ve ölçülülük ilkesini ihlâl eder.⁶⁴

Ölçülülük ilkesi, elverişlilik, gereklilik ve oranlılık olmak üzere üç alt unsurdan oluşur.⁶⁵ Hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmasının ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı denetlenirken meşru bir amaç taşıyıp taşımadığına,⁶⁶ amacı gerçekleştirmeye elverişli ve gerekli olup olmadığına bakılır.⁶⁷ Bu bağlamda arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan taraf hakkında uygulanacak yaptırımın ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının her bir unsur bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

1. Elverişlilik

Elverişlilik, getirilen sınırlamanın amacı gerçekleştirmeye uygun olması anlamına gelir.⁶⁸ Elverişlilikten bahsedilebilmesi için sınırlamanın ulaşılmak istenen amaca bir katkısının bulunması gerekir.⁶⁹ Alınan tedbir, amaca ulaşmayı kolaylaştırıyorsa araç elverişli, zorlaştırıyorsa veya hiçbir etkiye sahip değilse araç elverişsizdir.⁷⁰ Ancak amacın her durumda gerçekleşmesi zorunlu değildir. Elverişlilik uyarınca, ama-

⁶³ Bahadır, s. 129; Yüksel Metin, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, Y. 2017, s. 5; Yücel Oğurlu, "AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi", Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir, 2001, s. 492-493.

⁶⁴ Bahadır, s. 131; Özkes, Yaklaşım, s. 126; Örucü, s. 146.

⁶⁵ Metin, s. 7; Oğurlu, s. 486; Mehmet Değirmenci, "Türkiye'de Temel Hak ve Hürriyetlerin Durdurulmasının Anayasal Çerçevesi", *ETÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 10, Nisan, 2020, s. 45-72.

⁶⁶ Namlı, İlişki, s. 1309.

⁶⁷ Bahadır, s. 131; Metin, 2017, s. 7; Değirmenci, s. 60; Oğurlu, s. 499; Köküarı, Değişiklikler, s. 177-178.

⁶⁸ AYM, T. 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77, RG.18.04.2024, S. 32521; Metin, s. 7; Değirmenci, s. 60; Oğurlu, s. 509.

⁶⁹ Değirmenci, s. 60.

⁷⁰ Metin, s. 8; Manfred Gentz, "Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen", *Neue Juristische Wochenschrift*, 21. Jahrgang, 2. Halbband, Heft 35, 1968, s. 1604.

cın kısmen gerçekleşmesi ya da amacı gerçekleştirmenin mümkün görülmesi yeterlidir.⁷¹

Dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin, elverişli olduğunun kabul edilmesi için amaca ulaşmayı kolaylaştırması gerekir.⁷² Mahkemelerin iş yükü fazla olduğundan davalar uzun sürmekte, adalete erişim güçleşmektedir.⁷³ Bu bağlamda dava şartı arabuluculuk düzenlemelerinin mahkemeye erişim hakkını sınırlandırırken uyuşmazlığı daha hızlı ve ekonomik çözebilme amacına elverişli olduğu ifade edilmektedir.⁷⁴

Arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan tarafın yargılama giderlerinden sorumlu tutulması ve lehine vekâlet ücretine hükmedilmemesi yaptırımı⁷⁵, tarafların arabuluculuk toplantısına katılmasını sağlama amacına hizmet etmektedir.⁷⁶ Bu yaptırım belirli ölçüde olsa dahi ilk toplantıya katılmamayı düşünen tarafı caydırıcı etkiye sahiptir.⁷⁷ Söz konusu yaptırımı maruz kalmak istemeyen taraf, anlaşma iradesi olmasa dahi ilk toplantıya katılmaktadır. Bu yönüyle Kanun'da öngörülen yaptırımın, tarafların ilk toplantıya katılmasını sağlama amacını gerçekleştirmesi bakımından elverişli olduğu söylenebilir.

2. Gereklilik

Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın ölçülülüğü değerlendirilirken elverişli olduğu tespit edilince gerekli olup olmadığı da denetlenir. Gereklilik, amacın gerçekleştirilmesi için sınırlamanın

⁷¹ Metin, s. 9.

⁷² Bahadır, s. 157.

⁷³ Resul Kurt, "İş Yargısında Arabuluculuk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 135, 2018, s. 424.

⁷⁴ Bahadır, s. 157; Volkan Özçelik, "Dava Şartı Olarak Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (Usûl Ekonomisi İlkesi ve Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirme)", *Kesit Akademi Dergisi*, S. 14, Y. 4, Haziran 2018, s. 347.

⁷⁵ 9. Yargı Paketi'ndeki kanun teklifi (m. 32 ve m. 35) kanunlaşırrsa, bu yaptırım, yargılama giderlerinin yarısından sorumlu tutulma ve davada haklı çıkma hâlinde vekâlet ücretinin yarısına hükmedilme şeklinde uygulanacaktır.

⁷⁶ Mutlay, s. 75, 147; Mustafa Göksu, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 93.

⁷⁷ AYM, T. 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77, RG. 18.04.2024, S. 32521.

zorunlu olması anlamına gelir.⁷⁸ Daha az sınırlayıcı müdahale ile aynı veya daha iyi bir sonuca ulaşılabilirse kullanılan araç gerekli değildir.⁷⁹ Diğer bir ifade ile, bireylere daha az yükümlülük getirilerek aynı amaca ulaşma imkânı varsa kullanılan araç gereksizdir.⁸⁰

Dava şartı arabuluculukta tarafların kendi iradeleriyle uzlaşarak uyuşmazlığı sona erdirmeleri, uzlaşma kültürünün yaygınlaştırılması ve sosyal barışın sağlanması,⁸¹ toplumsal farkındalığın artırılması amaçlanmaktadır.⁸² Arabuluculuğun sadece ihtiyari olması hâlinde tarafların bu yola yeteri sayıda başvuru yapmadığı ve doğrudan dava açma yolunu tercih ettiği görülmektedir.⁸³ Bu durum dava şartı arabuluculuğun ortaya çıkmasında önemli bir neden teşkil etmiştir.⁸⁴ Dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler mahkemeye erişim hakkını sınırlamakla birlikte meşru bir amacın gerçekleşmesine hizmet etmektedir.⁸⁵

Arabuluculuğun sadece ihtiyari bir yöntem olarak uygulanması hâlinde, taraflar, bunun bir zayıflık göstergesi olduğu düşüncesiyle, arabuluculuk yoluna başvurmakta ve sürece katılmakta çekimser davranabilir.⁸⁶ Arabuluculuktan beklenen faydanın elde edilebilmesi için tarafların sürece katılmaya istekli olması gerekir. Taraflardan birinin veya her ikisinin istekli olmaması hâlinde arabuluculuğun başarıya

⁷⁸ AYM, T. 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77, RG. 18.04.2024, S. 32521; Oğurlu, s. 507.

⁷⁹ Gentz, s. 1603; Oğurlu, s. 507; Köküsarı, Değişiklikler, s. 178; Metin, s. 11.

⁸⁰ Metin, s. 11; Değirmenci, s. 60.

⁸¹ Bahadır, s. 155; Mustafa Özbek, "Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk", Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IX, 15-16 Ekim 2010, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2012, s. 117; Doğan Yenisey, s. 169; Orhan Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 29.

⁸² Cafer Eminoglu/Ersin Erdoğan, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 124; Bahadır, s. 155; Erdoğan, s. 1232; Elif Kısmet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 72; Sedat Kaya, "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXII, S. 1-2, 2018, s. 229.

⁸³ Bahadır, s. 155-156.

⁸⁴ Bahadır, s. 156.

⁸⁵ Bahadır, s. 156.

⁸⁶ Campbell, s. 89-90; Reuben, s. 13; Özmumcu, s. 825; Erdoğan, s. 1233; İldır, s. 91.

ulaşma ihtimâli düşüktür.⁸⁷ Tarafların anlaşma niyeti hiç yoksa, ilk toplantıya katılma çoğu zaman sadece şekli bir şartın yerine getirilmesinden öteye geçemez.⁸⁸ Zira tarafların istekli olmaması hâlinde görüşmelere katılma hususunda motivasyonları bulunmamaktadır.⁸⁹ Ancak belirtmek gerekir ki, ihtiyari arabuluculukta olduğu gibi dava şartı arabuluculukta da tarafların anlaşma ile süreci sona erdirmeleri ihtimâl dâhilindedir.⁹⁰

Arabuluculuk, yargının iş yükünün azaltılması,⁹¹ adalete erişimin sağlanması ve usûl ekonomisine katkı gibi birçok işlevi yerine getirmektedir.⁹² Bu bağlamda, ilk toplantıya geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan tarafa uygulanacak yaptırım, arabuluculuk yöntemi-

⁸⁷ David S. Winston, "Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: You Can Lead A Horse to Water.", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol.11, No. 1, 1996, s. 190; Richard Ingleby, "Court Sponsored Mediation: The Case Against Mandatory Participation", *The Modern Law Review*, Vol, 56, 1993, s. 443; Muhammet Özkes/Murat Atalı, "7036 sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler", *Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı*, 23 Aralık 2017, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 82, 87; Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 38; Özmmucu, s. 838; Sibel Özel, "Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi", *Public and Private International Law Bulletin*, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, C. 40, S. 2, 2020, s. 877; Özgür Oğuz, *Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 14; Kekeç, s. 70; Albayrak, s. 17, dn. 23; Mutlay, s. 72; Doğan Yenisey, s. 184; Namlı, *Arabuluculuk*, s. 156.

⁸⁸ Mutlay, s. 73.

⁸⁹ Doğan Yenisey, s. 184; Dür, s. 255.

⁹⁰ Özçelik, s. 347-348.

⁹¹ Özmmucu, s. 827; Özel, s. 888; Özkes/Atalı, s. 81; Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, s. 138; Yazıcı Tıktık, s. 36; Oğuz, s. 25; Bahadır, s. 72. Dava şartı arabuluculuğun iş yükünü azaltma amacını gerçekleştiremeyeceğine ilişkin bkz. Göksu, *Mediation*, s. 383; Karacabey, s. 474; Arabuluculuğun mahkemenin iş yükünü azalttığı her zaman söylenemez. Zira arabuluculuk sürecinde anlaşma sağlanmasına rağmen çeşitli nedenlerle tekrar mahkemeye başvurulmaktadır (Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, s. 138). Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının mahkemelerin iş yükünü azaltma amacından ziyade uzlaşma kültürünü yaygınlaştırma amacı taşıması gerekir (Özbek, s. 116-117; Kurt Konca, s. 59). Arabuluculuğun mahkemenin iş yükünü azaltma amacı bulunmamaktadır. Arabuluculuk toplumda benimsenirse, dava sayısı azalacağı için iş yükü de azalmış olur (Süha Tanrıver, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 147, 2020, s. 120).

⁹² AYM, T. 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77, RG. 18.04.2024, S. 32521.

ne işlerlik kazandırarak yargılamanın gereksiz yere uzamasına engel olma amacına yöneliktir.⁹³ Kanun koyucu, dava şartı arabuluculukta, tarafların ilk toplantıya katılmayarak sürecin başarısız olmasını engellemek için bir yaptırım öngörmüştür.⁹⁴ O hâlde, söz konusu yaptırım anayasal anlamda meşru bir amaca hizmet etmektedir.⁹⁵ Bu noktada söz konusu yaptırımın gerekliliği incelenirken, daha hafif bir yaptırımla aynı amaca ulaşıp ulaşılmayacağı sorgulanabilir. Arabuluculuk ilk toplantısına katılma, anlaşma sağlanması bakımından önem taşır. Bazı hâllerde başvuru taraf, diğer tarafa talebini bildirmeden doğrudan arabuluculuğa başvurmaktadır. Taraflar arasında daha önce sağlıklı bir iletişim kurulamayan bu gibi hâllerde tarafların bir araya gelerek uyuşmazlığı müzakere etmeleri anlaşma sağlama ihtimâlini artırmaktadır. Bu nedenle, ilk toplantıya geçerli mazeret göstermesizin katılmamanın yaptırımı bağlanması haklı görülebilir. Ancak ilk toplantıya katılmamanın yaptırımı olarak sadece arabuluculuk ücretinden sorumlu tutulma yaptırımı da tarafların ilk toplantıya katılımını sağlayacak niteliktedir. Bu nedenle, İMK'da öngörülen yaptırımın tarafların toplantıya katılımını sağlama hususunda zorunlu olmadığı kanaatindeyiz.⁹⁶

⁹³ AYM, T. 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77, RG. 18.04.2024, S. 32521; Özel, s. 878; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 181, 184.

⁹⁴ Bahadır, s. 183-184; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 184; "...işçi ve işveren tarafın bir masa etrafında bir araya gelmesi, aralarındaki uyuşmazlığı müzakere etmesi ve ortak bir sonuç ve karara varmaları için gerekli ortamın hazırlanmasıdır. Davet edilen tarafın kendisini haklı görerek ve uyuşmazlık mahkemeye intikal ettiğinde haklı çıkacağını hesap ederek masaya ve görüşmelere gelmekten kaçınması, bu müessesenin işlerliğini azaltacak ve umulan sosyal menfaatin elde edilmesine sebep olacaktır..." (Madde gerekçesi. Gerekçe için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>, E.T: 15.05.2024)

⁹⁵ AYM, T. 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77, RG. 18.04.2024, S. 32521.

⁹⁶ 9. Yargı Paketi olarak bilinen Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'nin 32'nci maddesi ile 6325 sayılı Kanun'un 18/A maddesinin on birinci fıkrasında, 35'inci maddesiyle 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 12'nci fıkrasında şu şekilde değişiklik yapılması planlanmaktadır: "bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderlerinin yarısından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenen vekâlet ücretinin yarısına hükmedilir." Kanaatimizce yapılmak istenen düzenleme ile her ne kadar sorumluluk yarıya indirilse de böyle bir yaptırım da açıklamış olduğumuz gerekçe ile zorunlu değildir.

3. Orantılılık

Ölçülülük ilkesinin diğer bir alt unsuru orantılılıktır. Orantılılık, sınırlama ile amaç arasında makul bir dengeyi gözetilmesi anlamına gelir.⁹⁷ Sınırlamanın elverişli ve gerekli olduğu tespiti yapıldıktan sonra orantılı olup olmadığı denetlenir. Şayet sınırlama elverişli veya gerekli değilse, orantılı olup olmadığı denetlenmesi gerekmez. Orantılılık, araç ile amaç arasında bir ölçü olmasını gerektirir.⁹⁸ Aracın bireylere ölçüsüz yükümlülükler getirmemesi gerekir.⁹⁹ Orantılılık uyarınca, amaca ulaşmak üzere kullanılan aracın bireylere getirdiği yükümlülükler ile sınırlamanın sağlayacağı faydalar arasında makul bir ilişki bulunmalıdır.¹⁰⁰

Arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan tarafın yargılama giderlerinden sorumlu tutulmasının ve lehine vekâlet ücretine hükmedilmemesinin orantılı bir yaptırım olup olmadığı değerlendirilmesi gerekir. İlk toplantıya katılmamanın yaptırımı, arabuluculuğun işlerlik kazanmasını sağlamayı amaçlamaktadır.¹⁰¹ Ancak söz konusu yaptırımın orantılı olup olmadığı ve hak arama özgürlüğünü ihlâl edip etmediği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre, ilk toplantıya katılma, yargılama giderlerinden sorumlu olmak istemeyen taraf bakımından zorlayıcı unsurdur. Ancak ilk toplantıya katılan taraf, anlaşmak ve müzakerelere devam et-

⁹⁷ AYM, T. 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77, RG. 18.04.2024, S. 32521; Oğurlu, s. 508; Köküarı, Değişiklikler, s. 177.

⁹⁸ Metin, s. 13; Değirmenci, s. 60.

⁹⁹ Metin, s. 13.

¹⁰⁰ Metin, s. 13.

¹⁰¹ AYM, T. 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77, RG. 18.04.2024, S. 32521; Özel, s. 878; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 181, 184; Bahadır, s. 98; Namı, İlişki, s. 1312; Eminoğlu/Erdoğan, s. 122. Madde gerekçesinde de bu amaca şu şekilde vurgu yapılmıştır: "Bu müesseseden amaç, işçi ve işveren tarafın bir masa etrafında bir araya gelmesi, aralarındaki uyuşmazlığı müzakere etmesi ve ortak bir sonuç ve karara varmaları için gerekli ortamın hazırlanmasıdır. Davet edilen tarafın kendisini haklı görerek ve uyuşmazlık mahkemeye intikal ettiğinde haklı çıkacağını hesap ederek masaya ve görüşmelere gelmekten kaçınması, bu müessesenin işlerliğini azaltacak ve umulan sosyal menfaatin elde edilememesine sebep olacaktır.". Gerekçe için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>, E.T: 15.05.2024.

mek istemediğini belirterek süreci sonlandırma hakkına sahiptir.¹⁰² Tarafların arabuluculuk müzakerelerinde anlaşma zorunluluğu bulunmamaktadır.¹⁰³ Bu nedenle, dava şartı arabuluculuk düzenlemeleri, mahkemeye erişim hakkını sınırlandırmakla birlikte, bu hakkı ortadan kaldırmaz.¹⁰⁴ Farkındalığın artırılması ve kültürel alışkanlıkların değiştirilmesi sağlanmaya çalışıldığı için ilk toplantıya katılmamanın yaptırımını meşru bir amaca hizmet etmektedir. Taraflardan sadece ilk toplantıya katılması beklenir. Sürece devam edip etmemek veya anlaşıp anlaşmama taraf iradesinde olduğu için sınırlama ölçülülük ilkesine uygun olduğu gibi hakkın özüne de zarar vermez.¹⁰⁵

Diğer görüşe göre, geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmayan tarafın yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulması ve lehine vekalet ücretine hükmedilmemesi, amaca ulaşma hususunda ölçüsüz ağır bir yaptırımdır.¹⁰⁶ Yargılamaya katılmama-

¹⁰² Eminoğlu/Erdoğan, s. 122; Bahadır, s. 153; Erdoğan, s. 1236. Geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmamanın kötüniyet hâli olarak değerlendirildiğine ilişkin bkz. Göksu, Mediation, s. 381.

¹⁰³ Bahadır, s. 153; Özel, s. 873; Karacabey, s. 469. Dava şartı arabuluculuk uygulamalarının tarafları anlaşmaya zorlamak olmadığına ilişkin bkz. Winston, s. 206; Özmumcu, s. 886.

¹⁰⁴ Bahadır, s. 153; Özel, s. 886. Arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu hâllerde dahi taraflar, süreci sonlandırarak mahkemeye başvurmakta serbesttir. Bu nedenle, bazı uyumsuzluklar bakımından dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulması, hak arama özgürlüğünün ihlâli olarak değerlendirilmemelidir. Bu konuda bkz. Özbek, s. 140; Yazıcı Tıktık, s. 40; Bahadır, s. 109; Albayrak, s. 20; Nesibe Kurt Konca, Güven Veren ve Erişilebilir Adalet Vizyonunda Üçüncü Yargı Paketi, SETA Yayınları, 1. Baskı, 2020, s. 61; Horst Eidenmüller, "Obligatorische aussergerichtliche Streitbeilegung: Einecontradictio in adiecto?", JZ 2015, s. 544; Kurt, s. 428; "Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkânsız hale getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylenemez". AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82, RG. 11.12.2018, S. 30622. Aksi yönde bkz. Özkes/Atalı, s. 89; Özkes, Yaklaşım, s. 126; Karacabey, s. 473; Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, s. 149; Ermenek, s. 75; Kaya, s. 224-225.

¹⁰⁵ Eminoğlu/Erdoğan, s. 124; Erdoğan, s. 1238-1239.

¹⁰⁶ Namlı, İlişki, s. 1313; Kaya, s. 242. Canbolat'a göre, davada haklı çıkan tarafa alacağı ödenmiş olsaydı ne arabuluculuğa başvurulmasına ne de dava açılmasına gerek kalmazdı. Bu bağlamda, ilk toplantıya katılmadığı için davada haklı çıkmasına rağmen yargılama giderinden sorumlu tutulması ve lehine vekalet ücretine hükmedilmemesi mülkiyet hakkını ihlâl ettiği için Anayasa'ya aykırı olduğu gibi hakkaniyete de uygun değildir (Talat Canbolat, "İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk", Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık, 2018, Pozitif Matbaacılık, Ankara, 2019, s. 104).

sının dahi böyle bir sonucu yokken ilk toplantıya katılmayan tarafın böyle bir yaptırıma maruz kalması ölçülülük ilkesine aykırıdır.¹⁰⁷ İlk toplantıya katılmayan tarafın davada haklı çıkarsa dahi yargılama giderlerine mahkûm edilmesi, bir kimseyi hak ettiğinden daha azını kabul etmeye zorlamak anlamına geldiğinden hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil eder.¹⁰⁸

C. Yaptırımın Arabuluculuğun İradîliği İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Arabuluculuk, davanın yerine ikame edilen bir kurum olmayıp, bireylerin adalete daha hızlı ve ekonomik bir şekilde ulaşmasını sağlayan alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur.¹⁰⁹ Arabuluculuğun hak arama özgürlüğünü engelleme veya sınırlama amacı söz konusu değildir.¹¹⁰ Zira arabuluculukta anlaşma sağlanamaması veya bu yolun tercih edilmemesi hâlinde mahkemede dava açılmasına engel yoktur.¹¹¹

Arabuluculuk gönüllülük esasına dayanmaktadır. Arabuluculuk, prosedürden uzak bir yöntem olduğu, taraf iradesinin egemenliği esaslı kabul edildiği gerekçesiyle tercih sebebidir.¹¹² Bu nedenle zorunlu arabuluculuk uygulamaları arabuluculuğun ruhuna uygun değildir.¹¹³

¹⁰⁷ Özekes, "Anayasa Mahkemesinin HUAK m. 18/A f. 11'e İlişkin İptal Kararı Hakkında Kısa Değerlendirme", <https://www.hukukihaber.net/anayasa-mahkemesinin-huak-m-18a-f-11e-iliskin-iptal-karari-hakkinda-kisa-degerlendirme>, E.T. 08.08.2024; Muhammet Özekes, "9. Yargı Paketi Hakkında Görüş ve Değerlendirme", <https://www.hukukihaber.net/9-yargi-paketi-hakkinda-gorus-ve-degerlendirme-muhammet-ozekes>, E.T. 08.08.2024.

¹⁰⁸ Özekes/Atalı, s. 104; Bahadır, s. 193; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 184. Özekes, Yaklaşım, s. 127; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 149, 184; Bahadır, s. 193. Tanrıver'e göre, ilk toplantıya katılmama yaptırımı, olağan bir yargılamada tarafları ağır bir mali külfetle karşı karşıya bıraktığından hak arama özgürlüğünü tamamen engellemese dahi güçleştirmektedir (Tanrıver, Uyuşmazlık, s. 164).

¹⁰⁹ Tanrıver, Arabuluculuk, s. 152; Bahadır, s. 66; Özmumcu, s. 838; Özel, s. s. 871; Yazıcı Tıktık, s. 35; Mutlay, s. 72.

¹¹⁰ Bahadır, s. 67; Tanrıver, Arabuluculuk, s. 153; İldır, s. 48; Kekeç, s. 74; Mutlay, s. 32.

¹¹¹ Swaleh, s. 2; Tanrıver, Uyuşmazlık, s. 161; Bahadır, s. 67; Namli, İlişki, s. 1310.

¹¹² Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 150; Oğuz, s. 15.

¹¹³ Swaleh, s. 3; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 142, 150; Özekes/Atalı, s. 81; Tanrıver, Düşünceler, s. 121; Özekes, Yaklaşım, s. 115; Canbolat, s. 98; Ermenek, s. 75; Özmumcu, s. 827; Oğuz, s. 139. Aksi yönde bkz. Özel, s. 873; Karacabey, s. 467, 470; Albayrak, s. 17, dn. 23; Doğan Yenisey, s. 183.

Dava şartı arabuluculukta her ne kadar tarafların arabuluculuk sürecini devam ettirmek zorunda olmadığı belirtilse de bazı yaptırımlar öngörülmüş olması, tarafları arabuluculuk sürecini devam ettirmeye adeta zorlamaktadır.¹¹⁴ Tarafların arabuluculuk ilk toplantısına katılmaya zorlanması arabuluculuğun temel felsefesiyle bağdaşmaz.¹¹⁵ Taraflar bazen anlaşma iradesinde olmamasına rağmen, çeşitli sebeplerle anlaşmak durumunda kalabilmektedir.¹¹⁶ Bu nedenle, arabuluculuk sürecine teşvik etmekle sürece zorlamak arasındaki dengenin korunması gerekir.¹¹⁷ Tarafların sürece katılmasını zorunlu hâle getirmek yerine, teşvik edici önlemler alınması daha isabetli bir yaklaşımdır.¹¹⁸

D. Görüşümüz

Yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulma ve lehine vekâlet ücretine hükmedilmeme yaptırımı¹¹⁹ ile esasen tarafların hiç olmazsa ilk toplantıya katılmaları sağlanmak istenmektedir. Taraflar, ilk toplantıya katıldıktan sonra sürece devam edip etmemek ve anlaşmamak hususunda serbesttirler. Bu bağlamda taraflardan beklenen, sadece ilk toplantıya katılmalarıdır. Belirtmek gerekir ki, tarafların ilk toplantıya katılmaları sağlanarak anlaşma oranlarının yükseltilmesi amaçlansa da kanaatimizce yaptırımın bu kadar ağır olması amaca uygun değildir. Zira arabuluculuk iradi bir başvuru yöntemi olduğu için anlaşmak istemeyen tarafı zorla ilk toplantıya getirmek, anlaşma sağlanması bakımından önemli bir etkiye sahip olmaz. Başvurucu tarafın, diğer tarafla iletişim kurmadan arabuluculuğa başvurduğu bazı dosyalarda görüşme sonunda anlaşma sağlanabilmektedir. Ancak tarafların sürece zorlanması, genellikle şekli bir prosedürü yerine getirmek için toplantıya katılmalarına neden olur. Oysa burada amaç, farkındalık yaratılarak tarafların barışçıl bir şekilde anlaşmasını sağlamak ise ilk toplantıya katılmaya zorlamak yerine bunu teşvik edi-

¹¹⁴ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 140; Mutlay, s. 75.

¹¹⁵ Özmumcu, s. 835; Mutlay, s. 75.

¹¹⁶ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 151.

¹¹⁷ Albayrak, s. 17, dn. 23.

¹¹⁸ Özmumcu, s. 835; Tanrıver, Düşünceler, s. 124; Özekes, Yaklaşım, s. 123; Oğuz, s. 139; Namlı, Arabuluculuk, s. 156; Albayrak, s. 17, dn. 23.

¹¹⁹ 9. Yargı Paketi'ndeki kanun teklifi (m. 32 ve m. 35) kanunlaşırca, bu yaptırım, yargılama giderlerinin yarısından sorumlu tutulma ve davada haklı çıkma hâlinde vekâlet ücretinin yarısına hükmedilme şeklinde uygulanacaktır.

ci düzenlemeler yapılabilir. En azından ilk toplantıya geçerli mazeret göstermeksizin katılmama için daha hafif bir yaptırım getirilebilir.

Taraflardan beklenilenin sadece ilk toplantıya katılması olduğundan yaptırımın ölçüsüz olmadığı ileri sürülebilir. Ancak başka bir şehirde ikamet edilmesi veya toplantı tarihinde başka yerde olunması hâlinde, tarafların toplantıya gelmesini beklemek, ağır maddi külfete katlanması anlamına gelebilir. Özellikle alacak talebi düşük miktarda ise, böyle bir beklentiye girilmesi, arabuluculuk gibi daha ucuz bir yöntemle bağdaşmaz.

Arabulucu, tarafları davet ederken ilk toplantıya katılmamanın yaptırımı hakkında taraflara bilgi vermemiş olabilir. Kanunu bilmeyen tarafın arabulucunun görevini gereği gibi yapmaması nedeniyle mağdur edilmesi, diğer bir sorun olarak karşımıza çıkar. Ayrıca arabulucu, usulüne uygun olarak davet etmiş olmasına rağmen davet mektubundan tarafın haberdar olmaması ihtimâl dâhilindedir. Böyle bir hâlde, taraftan geçerli mazeret göstermesi beklenemez. Uyuşmazlığın tarafının ilk toplantı davetinden haberdar olmadığını ispatlamak zorunda olup olmadığı ve ispatlayacaksa dahi bunu nasıl yapacağı belirsizdir. Görüldüğü üzere meşru bir amacı gerçekleştirmek üzere yapılan düzenleme esasen birçok sorunu da beraberinde getirebilecek niteliktedir.

Tarafların geçerli bir mazeret bildirerek toplantıya katılmamasının mümkün olduğu, bu nedenle hak arama özgürlüğünün ihlâl edilmediği ileri sürülebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, Kanun da ve gerekçede nelerin geçerli mazeret olarak kabul edileceği açıkça gösterilmemiştir. Somut duruma göre mazeretin geçerli olup olmadığı değerlendirilecektir. Örneğin, şehir dışında bulunma, işten izin alamama gibi hususların geçerli mazeret olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği belirsizdir. O hâlde, mazeret bildirilmiş olması, taraf bakımından yargılama giderlerinden sorumlu tutulma yaptırımıyla karşılaşmayacağına ilişkin bir güvence teşkil etmez.

Kanaatimizce arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmamanın yaptırımı, hak arama özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale teşkil eder. Zira taraf, sadece ilk toplantıya katılmadığı için arabuluculuk ücreti dahil olmak üzere tüm yargılama giderlerinden

sorumlu tutulmaktadır¹²⁰. Arabuluculuk ve mahkemede yargılama yapılması birbirinden bağımsız iki ayrı süreçtir. Arabuluculuk sürecinde gerçekleşen bir durumun sonuçlarının davaya taşınması yerinde değildir. Üstelik toplantıya katılmayan taraf davada haklı çıksa dahi bu giderlerin tamamından sorumlu tutulmaktadır. Sadece ilk toplantıya katılmayan taraf için bu kadar ağır bir yaptırım öngörülmesi ve tarafın maddi külfete katlanmak durumunda olması hak arama özgürlüğüne ölçsüz müdahale teşkil eder. Şayet bir yaptırım uygulanacaksa bunun arabuluculuk ücretinden sorumlu tutulma ile sınırlandırılması ölçülülük ilkesine daha uygun olur.¹²¹

Yargılamada kural, davada haksız çıkan tarafın yargılama giderlerinden sorumlu olmasıdır. Ancak gereksiz yere davanın uzamasına neden olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa dahi karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir (HMK m. 327/1). Davanın gereksiz yere uzamasına neden olan tarafın, yargılama giderlerinden sorumlu tutulup tutulmayacağını mahkeme takdir eder. Görüldüğü üzere davanın gereksiz yere uzamasına neden olsa dahi mahkeme, tarafı yargılama giderlerini ödemeye mahkûm etmeyebilirken, ilk toplantıya geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan taraf hakkında yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı hususunda mahkemeye takdir yetkisi dahi tanınmamıştır. Ayrıca, davanın gereksiz yere uzamasına neden olan taraf, duruma göre yargılama giderlerinin bir kısmından sorumlu tutulabilirken, arabuluculuk ilk toplantısına katılmayan tarafın tamamından sorumlu olması¹²² ölçsüz bir yaptırımın söz konusu olduğunun diğer bir göstergesidir.

Arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan tarafın davada haklı çıksa dahi lehine vekâlet ücretine

¹²⁰ 9. Yargı Paketi ile bu sorumluluğun yarıya indirilmesi planlanmakta ve arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan taraf, karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderlerinin yarısından sorumlu tutulmaktadır. Ancak kanaatimizce planlanan bu düzenleme de mevcut durum için getirmiş olduğumuz eleştiri gerekçeleriyle hak arama özgürlüğüne ölçsüz bir müdahale teşkil eder.

¹²¹ Aynı yönde bkz. Bahadır, s. 192-193.

¹²² 9. Yargı Paketi'ndeki kanun teklifi (m. 32 ve m. 35) kanunlaşırca, bu yaptırım, yargılama giderlerinin yarısından sorumlu tutulma şeklinde uygulanacaktır.

hükmedilmemesi yaptırımı¹²³ da iki açıdan sorunludur. Avukatlık Kanunu'nun 164'üncü maddesinin 5'inci fıkrasına göre, "dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir". O hâlde, arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmama hâlinde taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilemeyecek olması, bu hüküm ile çelişmektedir.¹²⁴ İlk toplantıya geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmemesi toplantıya katılmayan tarafa değil, avukatına uygulanan bir yaptırımdır.¹²⁵ O hâlde, bir kimsenin davranışından dolayı başka bir kimsenin cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Bu durum, hakkaniyete uygun düşmediği gibi genel hukuk kaideleriyle de bağdaşmaz. Ayrıca, davada haklı çıksa dahi taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmeme, savunma hakkını ihlâl eder.¹²⁶ İlk toplantıya geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan taraf, lehine vekalet ücretine hükmedilmeyeceği için kendisini davada temsil edecek bir avukat bulmakta zorlanacaktır. Davada kendisini savunmak için yeterli hukuki bilgisinin bulunmadığı düşünüldüğünde bu tarafın savunma hakkı adeta elinden alınmaktadır.

Gelinen bu noktada, Kanun'da öngörülen yaptırımın arabuluculuğu geliştirmek ve tarafların anlaşma oranlarını yükseltmek gibi makul bir amaca hizmet ettiği görülmektedir. Ancak sadece geçerli mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmamış olmanın yaptırımının bu kadar ağır olması, hak arama özgürlüğünü ihlâl eder. Arabuluculukta tarafların anlaşmasını sağlamak için teşvik edici ve destekleyici düzenlemeler yapılması yerinde olur. Bununla birlikte, tarafların herhangi bir şekilde teşvik edilmemesi veya yaptırım öngörülmemesi hâlinde, genellikle ilk toplantıya katılmayacakları da bilinen bir gerçektir. Bu bağlamda şayet bir yaptırım uygulanacaksa dahi, ilk toplantıya geçerli

¹²³ 9. Yargı Paketi'ndeki kanun teklifi m. 32 ve m. 35'e göre, arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan taraf davada haklı çıksa dahi lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenecek vekâlet ücretinin yarısına hükmedilecektir. Vekâlet ücretine hükmedilmeme ile yarısına hükmedilmesi arasında yukarıda getirmiş olduğumuz eleştiriler yönünden farklılık yoktur. Paket kanunlaşsa dahi, getirilecek düzenleme Avukatlık Kanunu m. 164/5 hükmü ve savunma hakkının ihlâl edilmesi bakımından eleştiriye açıktır.

¹²⁴ Dür, s. 306.

¹²⁵ Bahadır, s. 192-193; Mutlay, s. 148.

¹²⁶ Aynı yönde bkz. Mutlay, s. 148; Kaya, s. 242.

mazeret göstermeksizin katılmayan tarafın sadece arabuluculuk ücretinden sorumlu tutulmasının makul ve ölçülü bir yaptırım olacağı söylenebilir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı doğrultusunda, İş Mahkemeleri Kanunu'nda da değişikliğe gidilerek Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na ve İş Mahkemeleri Kanunu'na, "Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf arabuluculuk ücretinden sorumlu tutulur" şeklinde hüküm eklenmesi ve "Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez" hükmünün kaldırılması yerinde olur.

SONUÇ

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 11'inci fıkrasının "Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez" hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası üzerine Anayasa Mahkemesi, 14.03.2024 tarihinde, maddenin "bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur bölümünün ve "ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez" cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. İptal kararı 18.01.2025 tarihinde yürürlüğe girecektir. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 12'nci fıkrasında aynı hüküm yer almaktadır. Bu nedenle, iş hukuku uyuşmazlıklarında, taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması hâlinde, yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulmaya ve lehine vekâlet ücretine hükmedilmemeye ilişkin yaptırım uygulanmaya devam edecektir.

Kamuoyunda 9. Yargı Paketi olarak bilinen Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun teklifinin¹²⁷ 6325 sayılı Kanun'un 18/A maddesinin on birinci fıkrasında değişiklik öngören 32'nci maddesine

¹²⁷ Bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/WebOnergeMetni/c3d4dbbf9-eb20-4e80-ac3d-e7772a54c139.pdf>, E.T. 08.08.2024.

ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 12'nci fıkrasında değişiklik öngören 35'inci maddesine göre "bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderlerinin yarısından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenen vekâlet ücretinin yarısına hükmedilir." Yapılmak istenen değişiklik kanunlaşır, İş Mahkemeleri Kanunu'nun yanı sıra Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda da yeniden düzenleme yapılmış olacak ve arabuluculuk ilk toplantısına geçerli mazeret göstermeksizin katılmayan tarafa yaptırım uygulanmaya devam edecektir.

Kanunda öngörülen yaptırımın uygulanabilmesi için taraflardan birinin ilk toplantıya katılmaması ve bu nedenle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi gerekir. Ayrıca ilk toplantıya katılmama geçerli bir mazerete dayanmamalıdır. Taraflardan biri geçerli bir mazeret göstererek toplantıya katılmamışsa, taraflara ulaşılamamışsa veya usulüne uygun davet mektubu gönderilmemişse söz konusu yaptırım uygulanmaz.

Tarafın bildirmiş olduğu mazeretin geçerli olup olmadığı öncelikle arabulucu tarafından değerlendirilir. Mahkemede dava açılması hâlinde, taraflarca ileri sürülmüşse, mazeretin geçerliliği hususunda nihaî karar mahkeme tarafından verilir. Mahkeme mazeretin geçersiz olduğuna kanaat getirirse Kanun'da öngörülen yaptırıma hükmetmek zorundadır. Zira mahkemenin yaptırımı uygulayıp uygulamama hususunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. HMK m. 327/1 uyarınca davanın gereksiz yere uzamasına neden olan tarafın, davada haklı çıksa dahi yargılama giderlerinden sorumlu tutulup tutulmayacağına ilişkin mahkemeye takdir yetkisi verilmişken, arabuluculuk gibi esnek ve taraf iradesinin egemen olduğu uyuşmazlık çözüm yönteminde takdir yetkisi tanınmaması bir çelişki teşkil eder.

Yargılama giderlerinden sorumlu tutulma ve lehine vekâlet ücretine hükmedilmeme yaptırımı ile tarafların toplantıya katılmasının sağlanması, toplumsal farkındalığın artırılması, arabuluculuk yöntemine işlerlik kazandırılarak yargılamanın gereksiz yere uzamasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Ancak söz konusu yaptırım amaca ulaşma hususunda ölçsüz olduğundan hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını ihlâl etmektedir.

İMİK’da yer alan “Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez” ifadesi Avukatlık Kanunu m. 164/5 hükmüyle çelişmektedir. Tarafın geçerli mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması ve sürecin bu sebeple sona ermesi hâlinde, davada haklı çıkan taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmezse, tarafa değil, avukatına yaptırım uygulanmış olur. Oysa, dava sonunda kazanılan vekâlet ücreti tarafa değil, avukatına aittir.

Arabuluculuk gönüllülük esasına dayanmaktadır. Tarafları arabuluculuk sürecine katılmaya zorlamak ve buna ilişkin ağır yaptırımlar öngörülmesi arabuluculuğun ruhuyla da bağdaşmaz. Bu nedenle, arabuluculuk ilk toplantısına katılmak üzere tarafları teşvik edici düzenlemeler getirilebilir. Ayrıca geçerli mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmayan tarafa ağır yaptırımlar yerine daha hafif bir yaptırım uygulanması yerinde olur. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı doğrultusunda, İş Mahkemeleri Kanunu’nda da değişikliğe gidilerek Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na ve İş Mahkemeleri Kanunu’na, “Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf arabuluculuk ücretinden sorumlu tutulur” şeklinde hüküm eklenmesi ve “Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez” hükmünün kaldırılması yerinde olur.

Kaynakça

Kitaplar

- Azaklı Arslan Betül, Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Bahadır N. Tuğçe, Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Brown Henry/Marriot Arthur, ADR Principles and Practice, 2. Baskı, Sweet & Maxwell, London, 1999.
- Çiçek Mustafa, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Dür Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Ekmekçi Ömer/Özekes Muhammet/Atalı Murat/Seven Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

- Eminoğlu Cafer/Erdoğan Ersin, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Ermenek İbrahim, Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Göksu Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- İldır Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Karaaslan Varol, Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Kekeç Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Köksoy Mesut, İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Köküsarı İsmail, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Kurt Konca Nesibe, Güven Veren ve Erişilebilir Adalet Vizyonunda Üçüncü Yargı Paketi, SETA Yayınları, 1. Baskı, 2020.
- Mutlay Faruk Barış, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.7 İş Hukuku, Editör: Tankut Centel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 23-173.
- Oğuz Özgür, Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Özekes Muhammet, Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003 (Hukukî Dinlenilme).
- Öztürk Burak, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınları, 2019.
- Tanrıver Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (Uyuşmazlık).
- Yazıcı Tıktık Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Makaleler

- Albayrak Hakan, "Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu", *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 17 Etik Özel Sayı, 2018, s. 12-24.
- Arslan Zühtü, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı*, C. 19, S. 1, 2002, s. 139-155.
- Aydın Mesut, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 3, 2006, s. 1-37.

- Campbell C. Hutchinson, "The Case for Mandatory Mediation", *Loyola Law Review*, Vol. 42, No. 1, 1996, s. 85-95.
- Canbolat Talat, "İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk", Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık, 2018, Pozitif Matbaacılık, Ankara, 2019, s. 95-110.
- Değirmenci Mehmet, "Türkiye'de Temel Hak ve Hürriyetlerin Durdurulmasının Anayasal Çerçevesi", *ETÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 10, Nisan, 2020, s. 45-72.
- Doğan Yenisey Kübra, "İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, Editör: Kübra Doğan Yenisey, 14 Mayıs 2016, s. 167-193.
- Eidenmüller Horst, "Obligatorisceaussergerichtliche Streitbeilegung: Eine contradiction in adiecto?", *JZ* 2015, s. 539-547.
- Erdoğan Ersin, "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 14, S. 55, 2017, s. 1211-1242.
- Gentz Manfred, "Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen", *Neue Juristische Wochenschrift*, 21. Jahrgang, 2. Halbband, Heft 35, 1968, s. 1600-1607.
- Göksu Mustafa, "Mandatory Mediation in Labour Disputes", *Press Academia Procedia (PAP)*, Vol. 3, 2017 (38), p. 378-384 (Mediation).
- Ingleby Richard, "Court Sponsored Mediation: The Case Against Mandatory Participation", *The Modern Law Review*, Vol. 56, 1993, s. 441-451.
- Karacabey Kürşat, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 2016, s. 457-489.
- Kaya Sedat, "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXII, S. 1-2, 2018, s. 209-261.
- Korkmaz Cansu, "Davaların Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk İncelemesi", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 7, S. 2, 2022, s. 1365-1406.
- Köküarı İsmail, "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 1, Y. 2011, s. 163-208 (Değişiklikler).
- Kurt Resul, "İş Yargısında Arabuluculuk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 135, 2018, s. 405-444.
- Metin Yüksel, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, Y. 2017, s. 1-74.
- Namlı Mert, "Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 15, S. 60, Y. 2018, s. 1295-1328 (İlişki).
- Namlı Mert, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, Editör: Kübra Doğan Yenisey, 2016, s. 151-165 (Arabuluculuk)

- Oğurlu Yücel, "AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi", Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir, 2001, s. 485-521.
- Örücü Esin, "1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 41, S. 3-4, 1975, s. 14-161.
- Özbek Mustafa, "Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk", *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IX*, 2010, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2012, s. 107-154.
- Özçelik Volkan, "Dava Şartı Olarak Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (Usûl Ekonomisi İlkesi ve Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirme)", *Kesit Akademi Dergisi*, S. 14, Y. 4, Haziran 2018, s. 344-352.
- Özekes Muhammet/Atalı Murat, "7036 sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler", *Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı*, 23 Aralık 2017, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 41-122.
- Özekes Muhammet, "Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım", *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu 2018*, Pozitif Matbaacılık, Ankara, 2019, s. 111-136 (Yaklaşım).
- Özel Sibel, "Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi", *Public and Private International Law Bulletin*, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, C. 40, S. 2, 2020, s. 867-892.
- Özmumcu Seda, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 807-842.
- Reuben Richard C, "Tort Reform Renews Debate Over Mandatory Mediation", *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 13, 2007, s. 13-15.
- Tanrıver Süha, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 147, 2020, s. 111-142 (Düşünceler).
- Tanrıver Süha, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 64, 2006, s. 151-177 (Arabuluculuk).
- Winston David S, "Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: You Can Lead A Horse to Water.", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol.11, No. 1, 1996, s. 187-206.

Diğer Kaynaklar

Swaleh Bawazır Maliha, *An Analysis of Mandatory Mediation*, Dissertation, Strathmore University Faculty of Law, 2016.

Mahkeme Kararları

AYM, T. 01.11.2012, E. 2010/83, K. 2012/169, RG. 22.02.2013, S. 28567.

AYM, T. 07.11.2013, B. B. No. 2012/791, RG. 05.12.2013, S. 28842.

- AYM, T. 28.11.2013, E. 2013/40, K. 2013/139, RG. 09.05.2009, S. 28995.
AYM, T. 19.12.2013, B. B. No: 2013/2187, RG. 07.01.2014, S. 28875.
AYM, T. 13.11.2014, E. 2013/95, K. 2014/176, RG. 13.03.2015, S. 29294.
AYM, T. 16.04.2015, B. B. No. 2014/5836, RG. 11.07.2015, S. 29413.
AYM, T. 01.07.2015, E. 2015/39, K. 2015/62, RG. 15.07.2015, S. 29417.
AYM, T. 12.10.2016, E. 2016/167, K. 2016/160, RG. 04.11.2016, S. 29878.
AYM, T. 04.05.2017, E. 2015/41, K. 2017/98, RG. 03.08.2017, S. 30143.
AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82, RG. 11.12.2018, S. 30622.
AYM, T. 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77, RG. 18.04.2024, S. 32521.

İnternet Kaynakları

- <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>, E.T: 15.05.2024.
<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/WebOnergeMetni/c3d4bbf9-eb20-4e80-ac3d-e7772a54c139.pdf>, E.T. 08.08.2024.
Özekes Muhammet, "Anayasa Mahkemesinin HUAK m. 18/ A f. 11'e İlişkin İptal Kararı Hakkında Kısa Değerlendirme", <https://www.hukukihaber.net/anayasa-mahkemesinin-huak-m-18a-f-11e-iliskin-iptal-karari-hakkinda-kisa-degerlendirme>, E.T. 08.08.2024.
Özekes Muhammet, "9. Yargı Paketi Hakkında Görüş ve Değerlendirme", <https://www.hukukihaber.net/9-yargi-paketi-hakkinda-gorus-ve-degerlendirme-muhammet-ozekes>, E.T. 08.08.2024.

TÜRK HUKUKUNDA TAŞIYICI ANNELİK VE TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMESİ

SURROGACY AND SURROGACY CONTRACT IN TURKISH LAW

Bahadır DEMİR*

Özet: Taşiyıcı annelik yöntemi, yapay üreme yöntemlerinden birisidir. Taşiyıcı anne; doğal yollarla çocuk sahibi olamayan kadının yerine hamilelik süreci yaşayan, çocuğu taşıyan ve doğumdan sonra çocuğu istem sahibi çifte teslim eden kimsedir. Taşiyıcı annelik yöntemi, geleneksel ve gestasyonel taşiyıcı annelik olarak ikiye ayrılır. Gestasyonel taşiyıcı annelikte, istem sahibi çiftlerin üreme hücresi kullanılmaktadır. Geleneksel taşiyıcı annelikte ise istem sahibi çiftler harici bir üçüncü kişinin üreme hücresi kullanılmaktadır. Taşiyıcı annelik sözleşmesi, işlemin ücret ya da ivaz karşılığı yapılması durumuna göre ticari veya ticari olmayan taşiyıcı annelik sözleşmesi olarak ikiye ayrılır. Ülkemizde ODNK ve ÜYTY hükümlerince taşiyıcı annelik sözleşmesi yasaklanmıştır. Ancak dünya genelinde birçok ülkede taşiyıcı annelik uygulamasına müsaade edilmektedir. Türkiye’de her ne kadar taşiyıcı annelik sözleşmesi yasaklanmış olsa da insanların başka ülkede taşiyıcı annelik yöntemi ile çocuk sahibi olmasına engel durum bulunmamaktadır. Bu sözleşmenin gelecekte kanun koyucu tarafından düzenlenmesi ihtimaline ilişkin taşiyıcı annelik sözleşmesinin mahiyeti itibari ile nasıl düzenleneceği, hangi sözleşme hükümleri ile kıyasen uygulanabilir olduğu, sözleşmenin şeklen nasıl düzenlenmesi gerektiği doktrindeki diğer görüşler de dikkate alınarak tarafımızca inceleme gereği görülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Taşiyıcı Annelik, Kiralık Rahim, Yapay Üreme Yöntemi, Taşiyıcı Annelik Sözleşmesi

Abstract: Surrogacy method is one of the artificial reproduction methods. A surrogate mother is someone who goes through pregnancy instead of a woman who cannot have a child naturally, carries the child, and delivers the child to the willing couple after birth. Surrogacy method is divided into two as traditional and gestational surrogacy. In gestational surrogacy, the reproductive cells

* Öğr. Gör. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu, bahdemir@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5658-8665, Makalenin Gönderim Tarihi: 24.07.2024, Kabul Tarihi: 12.09.2024

of the willing couples are used. In traditional surrogacy, the reproductive cells of a third party other than the willing couple are used. Surrogacy contract is divided into two as commercial or non-commercial surrogacy contract, depending on whether the transaction is made in return for a fee or consideration. Surrogacy contracts are prohibited in our country under the provisions of ODNK and ÜYTY. However, surrogacy is allowed in many countries around the world. Although surrogacy contracts are banned in Turkey, there is no obstacle for people to have children through surrogacy in another country. We deemed it necessary to examine the possibility of this contract being regulated by the Legislator in the future, taking into consideration how the surrogacy contract will be regulated in terms of its nature, which contract provisions are applicable by analogy, and other opinions in the doctrine how the contract should be formally regulated.

Keywords: Surrogacy, Womb for Rent, Artificial Reproduction Method, Surrogacy Contract

GİRİŞ

Dünya Sağlık Örgütü'nün mevcut verilerine göre, infertilite (kısırlık) küresel ölçekte artmaktadır. Bu nedenle, insanlar alternatif üreme yöntemlerine yönelmektedir. Yapay üreme yöntemleri, homolog ve heterolog olmak üzere ikiye ayrılır. Homolog yapay üreme yönteminde, çocuk sahibi olmak isteyen gönüllü ebeveynlerin kendi üreme hücreleri kullanılırken; heterolog üreme yönteminde, üçüncü bir kişiye ait üreme hücreleri kullanılmaktadır.

Türkiye' de kanun koyucu, homolog üreme yöntemine izin vermiş ancak heterolog üreme yönteminde, üçüncü bir şahsın üreme hücresinin kullanılmasına müsaade etmemiştir. Aynı şekilde, yapay üreme yöntemlerinden biri olan taşıyıcı annelik de ODNK ve ÜYTY hükümlerince yasaklanmıştır. Taşıyıcı anne, doğal yollardan çocuk sahibi olmayan bir çiftin talebi üzerine hamileliği üstlenen ve doğumdan sonra çocuğu istem sahibi aileye teslim eden kadın olarak tanımlanabilir. Taşıyıcı annelik, geleneksel ve gestasyonel olmak üzere ikiye ayrılır. Geleneksel taşıyıcı annelikte, taşıyıcı anne hem biyolojik hem de genetik annedir. Gestasyonel taşıyıcı annelik ise modern tıbbın gelişmesiyle, istem sahibi çiftin üreme hücrelerinin suni döllenenmesi ve taşıyıcı annenin rahmine nakledilmesi ile gerçekleşir.

Eğer taşıyıcı annelik karşılığında bir bedel ödeniyorsa, bu durum ticari taşıyıcı annelik olarak kabul edilir. Doktrinde, taşıyıcı annelik sözleşmesi ve yöntemiyle ilgili birçok farklı görüş bulunmaktadır. Bazı

görüşlere göre, taşıyıcı annelik sözleşmesi TBK m. 27'ye aykırıdır. Çünkü ticari taşıyıcı annelikte, kişilerin bedenlerine ait bir unsurun maddi karşılıkla kullanılmasının ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle, İngiltere ve bazı ülkeler ticari taşıyıcı annelik sözleşmesine izin vermemektedir. Ayrıca, TMK m. 282 ve Roma hukukundan gelen “*Mater semper certa est*” (Anne her zaman bellidir) kuralı gereği, çocuk ile anne arasında soybağı doğumla kurulur. Türkiye’de bir çocuk taşıyıcı annelik yoluyla doğduğunda, çocuk doğumla beraber biyolojik annenin soybağına bağlanacaktır. Bu nedenlerle, insanlar başka ülkelerde taşıyıcı annelik yöntemine başvurarak çocuk sahibi olma yolunu seçmektedir.

I. YAPAY ÜREME YÖNTEMLERİ VE TAŞIYICI ANNELİK

Dünya genelinde yapay üreme yöntemlerine olan ilgi giderek artmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü’nün son verilerine göre hem erkeklerde hem de kadınlarda infertilite oranı yükselmektedir. Örgütün 2023 yılı raporunda, dünya genelinde erişkinler arasında kısırlık oranının %17,5 olduğu belirtilmiştir. Bu da her 6 çiftten 1’inin kısırlık sorunları yaşadığını göstermektedir. Bu durumun, küresel ölçekte büyük bir sağlık sorunu haline geldiği ifade edilmektedir.¹ **Açıklanan bu oranlar, çiftlerin yapay üreme yöntemlerine yönelmesine neden olmaktadır.**

A. Genel Olarak Yapay Üreme Yöntemleri

Yardımcı üreme yöntemleri, doğal yollarla üremenin mümkün olmadığı durumlarda, tıbbi müdahale ile yapay üreme yöntemleri kullanılarak üremenin sağlanmasıdır.² Yapay üreme yöntemleri, başka bir deyişle üremeye yardımcı yöntemler, homolog dölleme ve heterolog dölleme olarak ikiye ayrılır. Homolog dölleme yönteminde,

¹ <https://lifesciencesintelligence.com/news/a-who-report-finds-that-17.5-of-people-experiencedinfertility#:~:text=Data%20suggested%20that%20the%20global,is%20slightly%20lower%20at%202012.6%25>

² Dilşad Keskin, “Bölünmüş Annelik ve Ana Yönünden Soybağının Reddi”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 5, S. 1-2, s. 1993. Haluk Nami Nomer, “Sunı Dölleme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 545.

doğrudan evli çiftlerin üreme hücreleri kullanılmaktadır.³ Bu yöntem, eşlerin doğal yollarla çocuk sahibi olamadığı durumlarda uygulanır. Eşlere ait üreme hücreleri kullanıldığı için doğan çocuğun soybağı ile ilgili bir sorun yaşanmaz.⁴ Gerçekten de çocuğu doğuran kadın çocuğun annesi, çocuğun babası ise doğuran kadının kocasıdır.⁵

Heterolog döllenme yönteminde ise evli çiftler dışında üçüncü kişilere ait üreme hücreleri kullanılır.⁶ Bu yöntem, kadın veya erkeğe ait üreme hücresinin kullanılmadığı durumlarda gündeme gelir. Kadın veya erkeğin yerine, evlilik dışı üçüncü bir kişinin üreme hücreleri kullanılır. Bu yöntemin sperm bağıışı, yumurta bağıışı, embriyo bağıışı ve taşıyıcı annelik gibi çeşitli uygulamaları vardır.⁷ Heterolog döllenme yönteminde, üçüncü bir kişiye ait üreme hücresi kullanıldığı için doğan çocuğun soybağı ile ilgili bazı belirsizlikler ortaya çıkabilir. Bu sebeple, Türk mevzuatında heterolog üreme yöntemi yasaklanmıştır.

B. Taşıyıcı Annelik Kavramı ve Türleri

Taşıyıcı annelik, yapay üreme yöntemlerinden biridir. Bu yöntemde, evli çiftlerin üreme hücreleri kullanılabileceği gibi, üçüncü bir kişiye ait üreme hücreleri de kullanılabilir. Taşıyıcı annelik, belirli bir bedel (ivaz) karşılığında yapılabilmektedir ve bu durumda “kiralık ra-

³ Esra Savaş Tıp Hukukunda Taşıyıcı Annelik, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2019, s. 8. Keskin, s. 1993. Cemile Turgut, Yapay Döllenme, Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar, Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 18. Ergüneş, Seda; “Yapay Döllenme”, 2012, İstanbul Barosu Dergisi: Sağlık Hukuku Makaleleri-II, İstanbul Barosu Yayınları, s. 168. Funda Işık Özcan/Gürkan Sert/Funda İlçin Gönenç, “Türkiye’de Üremeye Yardımcı Teknikler ile İlgili Hukuki Düzenlemelerin Tıp Hukuku Açısından İncelenmesi”, 2017, Türkiye Klinikleri J Med Ethics Law History-Special Topics, C. 3, S. 3, s. 146. Işıl Tüzün Arpacıoğlu, “Yapay Döllenmenin Soybağına Etkileri”, 2013, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, C. 5, S. 1, s. 17. Leyla Keser, “Ödünç Annelik Sözleşmesi (Der Leihmutterchaftsvertrag)” 1997, *Argumentum Aylık Hukuk Dergisi*, C. 7, S. 52, s. 308.

⁴ Nomer, s. 547. Turgut, s. 20. Ayşe Şimşek, “Yapay Döllenme Tekniği Olarak Taşıyıcı Annelik: Hukukî ve Biyoetik Açıdan Değerlendirilmesi”, 2014, *Journal of Intercultural and Religious Studies*, S. 12; C. 6, s. 33. Ergüneş, s. 171. Işık Özcan/ Sert/ Gönenç, s. 146. Tüzün Arpacıoğlu, s. 17.

⁵ Keser, s. 308.

⁶ Savaş, s. 8. Keskin, s. 1993. Turgut, s. 27. Şimşek, s. 34. Ergüneş, s. 168. Tüzün Arpacıoğlu, s. 17. Keser, s. 308.

⁷ Turgut, s. 27.

him” olarak da adlandırılmaktadır. Ayrıca, herhangi bir bedel karşılığı olmadan, sadece fedakârlık esasına dayalı taşıyıcı annelik de mümkündür.

1. Taşıyıcı Anneliğin Tanımı

Taşıyıcı anne, doğal yollarla üreme yeteneğine sahip olmayan ya da doğum yapması durumunda hayati riskler taşıyan bir kadının yerine hamilelik sürecini üstlenen kişidir. Bir başka deyişle, çocuğu taşıyan ancak doğumdan sonra çocuğu, istemde bulunan gönüllü ebeveynlerine teslim eden kişidir.⁸ Avrupa Konseyi, İnsanlarda Yapay

⁸ Cahit Ağaoğlu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı Annedenden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2020, C. 40, S. 1, s. 441. Urgan Çalışkan Hazal, “Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Dergisi*, 2016, C. 22, S. 1, s. 490. Yasan Tepetaş Candan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararlarının Türk Kamu Düzeni Bakımından Anlamı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 14, S. 177-178, s. 1221. Keskin, s. 2005. İltaş Yiğit, “Taşıyıcı Annelik ve Soybağı Meselesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 16, S. 201-202, s. 1018 – 1019. Dindar Kübra Nur, “Taşıyıcı Annelik Yoluyla Doğan Çocuğun Soybağına Uygulanacak Hukuk ve Kamu Düzeni Etkisi”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2020, C. 12, S. 132, s. 14. Nomer, s. 559. Kırkbeşoğlu Nagehan, Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 68. Turgut, s. 74. Şensöz Malkoç Ebru, “Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, *Public and Private International Law Bulletin*, C. 35, S. 2, s. 14. Yasemin Erol, Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik, Yetkin Yayınları, 2012, s. 115. Hakan Hakeri, Tıp Hukuku Cilt I – II, Seçkin Yayıncılık, 25. Baskı, Ankara 2022, s. 948 – 949. Rona Serozan, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005, s. 166. Hakeri Hakan, Taşıyıcı Annelik Kurumuna Müsaade Edilerek Düzenlenmesine İlişkin Düşünceler, Aristo Yayınevi, 2020, s. 26 – 27. Taşıyıcı anneliğin tüp bebek uygulamasından farkı tüp bebek uygulamasında çifte ait üreme hücreleri suni ortamda döllenmekte ve daha sonra evli çiftten eşe nakledilmektedir. Ancak taşıyıcı annelikte suni döllenme sonrası eşe değil de bir üçüncü kişiye nakledilmektedir. Bkz: Şimşek, s. 29. Ramazan Turan, “Soybağının Reddi Davası ve Yapay Döllenme, Tüp Bebek ve Taşıyıcı Annelik Hâllerinde Soybağının Belirlenmesi ve Reddi”, 2020, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 168, s. 1660. Çam, Gülçin, “Taşıyıcı Annelik ve Soybağı İlişkisi”, 2013, *T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2, s. 156. Cemile Turgut/Göksu Işık, “Türk Medeni Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında Taşıyıcı Annelik”, 2018, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 7, s. 222. Yılmaz Kumru Kılıçoğlu, “Yapay Döllenmede Soybağı Sorunu”, 2015, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 104, s. 44. Hande Özcan, “Çocuğun Soybağının Kurulması ve Yardımcı Üreme Teknikleri Sonucu Soybağının Tespiti”, 2015, *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 5, s. 104. Dülger Murat Volkan, “Tiptaki İlerlemelerin

Döllenme Hakkında Tavsiye Kararı'nda taşıyıcı anneyi, başka bir kişinin isteğiyle hamile kalmayı kabul eden, çocuğu taşıyan ve doğumdan sonra çocuğu, talepte bulunan kişiye veya kişilere teslim eden kadın olarak tanımlamıştır.⁹

Taşıyıcı annelik yönteminde döllenme, "in-vivo" ya da "in-vitro" şeklinde yapılabilir. "In-vivo" döllenme yönteminde, kadının yumurtası vajina yoluyla dışarıdan verilen sperm ile rahimde suni olarak döllenir. "In-vitro" yapay döllenme yönteminde ise, yumurta laboratuvar ortamında bir test tüpünde sperm ile döllenir ve daha sonra kadının rahmine aktarılır.¹⁰

Getirisi Olan Uygulamaların Hukuk Açısından Görünümü - Özel Tedavi Yöntemlerinin Sınır Dışı Uygulamalarının İç Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", 2021, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, S. 26, s. 7. Ergüneş, s. 168 - 169. Ürem Müge, "Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar", 2012, *İstanbul Barosu Dergisi: Sağlık Hukuku Makaleleri II İstanbul Barosu Yayınları*, s. 97. Sümer Fatma, "Anayasal Haklar Bağlamında Taşıyıcı Annelik Sözleşmeleri", 2015, 7. Uluslararası Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi Bildiriler Kitabı, s. 2; Şensöz Malkoç, Ebru; "Milletlerarası Özel Hukukta Boşluk: Taşıyıcı Annelik", *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, S. 25. s. 2. Kavlak Oya/ Amanak Keziban, "Etik Boyutu Tartışılan Yardımcı Üreme Teknikleri ve Yasal Düzenlemeler" 2013, *Ege Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 1, s. 72. Metin, Sevtap; "Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik" 2012, *İstanbul Barosu Dergisi: Sağlık Hukuku Makaleleri-II İstanbul Barosu Yayınları*, s. 7; Arda Berna/Şahinoğlu Pelin Serap/ Kayı Ayten Çangır, "Yardımcı Üreme Tekniklerinin (IVF'nin) Getireceği Tıbbi Etik Sorunlar", 1993, *Tıbbi Etik*, C. 1, S. 1, s. 57. Tüzün Arpacıoğlu, s. 1. Işıl S. Tekdoğan Bahçivancı "Taşıyıcı Anneliğin Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme", 2019, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu Türkiye Barolar Birliği, C. 1, s. 748. Özgür Kuş, Gamze Özbek Güven, 2021, "Üreme Turizmi ile Yaygınlaşan Taşıyıcı Annelik Üzerine Etik Bir Değerlendirme", *Türkiye Biyoetik Dergisi*, C. 8, S. 2, s. 127. Adem Az/Muhammet İhsan Karaman, "Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ve etik sorunlar: Mümkün olan her şey ahlaki midir?" 2022, *Androloji Bülteni*, C. 24, S.4, s. 283; Yılmaz Sinan, Dünyadaki Uygulama ve Mevzuatımız Açısından Kiralık Rahim- "Surrogate Motherhood", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 2002, s. 9 - 10. Zengin Zeynep Gamze, Özel Hukukta Taşıyıcı Annelik, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022, s. 30.

⁹ Ağaoğlu, s. 441. Dindar, s. 15. Erol, s. 118. Şimşek, s. 29 - 30. Dülger, s. 7. Hakan Hakeri, "Taşıyıcı Annelik", 2015, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, 16-17 Ekim 2014 Lefkoşa-Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Ed.: Prof. Dr. Hakan Hakeri, Av. Cahit Doğan, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 83; Hakeri, s. 83. Keser, s. 310. Hakan Hakeri, Taşıyıcı Annelik Kurumuna Müsaade Edilerek Düzenlenmesine İlişkin Düşünceler, Aristo Yayınevi, 2020, s. 26 - 27.

¹⁰ Savaş, s. 15. Şimşek, s. 34. Erol, s. 59.

2. Taşıyıcı Anneliğin Türleri

Taşıyıcı annelik, gestasyonel ve geleneksel taşıyıcı annelik olarak ikiye ayrılır. Geleneksel taşıyıcı annede, çocuk hem biyolojik hem de genetik annesine aittir. Ancak, gestasyonel taşıyıcı annelikte çocuğun biyolojik annesi ile genetik annesinin farklı kişiler olması mümkündür. Nihayet taşıyıcı annelik bedel karşılığı yapıp yapılmamasına göre, ticari taşıyıcı annelik (kiralık rahim, kiralık anne) ve fedakârlık esasına dayalı taşıyıcı annelik olarak ikiye ayrılmaktadır.

a. Geleneksel ve Gestasyonel Taşıyıcı Annelik

Geleneksel taşıyıcı annelikte, erkeğin spermi ile taşıyıcı annenin yumurtası döllenir ve taşıyıcı anne ile doğacak çocuk arasında genetik bir bağ bulunur.¹¹ Bu durumda, taşıyıcı anne hem biyolojik hem de genetik anne olmaktadır.¹²

Gestasyonel taşıyıcı annelikte ise gönüllü ebeveynlere ait üreme hücreleri in-vitro fertilizasyon (tüp bebek) yöntemi ile laboratuvar ortamında döllenir ve daha sonra döllenmiş bu yumurta taşıyıcı annenin rahmine nakledilir.¹³ Bu yöntemde taşıyıcı annenin üreme hücreleri kullanılmaz; taşıyıcı anne sadece embriyoyu taşır ve doğumu gerçekleştirir.¹⁴ Uygulamada genellikle bu yöntem tercih edilmektedir, çünkü çocuk sahibi olmak isteyen çiftler, kendi genetik yapılarına sahip bir çocuğu taşıyıcı annelik yoluyla dünyaya getirme olanağına sahip olurlar.¹⁵

¹¹ Savaş, s. 9 – 10. İltaş, s. 1019. Dindar, s. 15. Nomer, s. 560. Turgut, s. 76. Çam, s. 162. Turgut/Işık, s. 222. Ürem, s. 97 – 98. Tekdoğan Bahçivancı, s. 748.

¹² Ağaoğlu, s. 441. Erol, s. 118. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 949. Savaş, s. 16. Keskin, s. 2005. İltaş, s. 1019. Dindar, s. 15. Nomer, s. 560. Turgut, s. 76. Çam, s. 162. Turgut /Işık, s. 222. Metin, s. 8.

¹³ Savaş, s. 10. Keskin, s. 2005. İltaş, s. 1022. Dindar, s. 15. Nomer, s. 559. Turgut, s. 77. Çam, s. 162 – 163. Turgut /Işık, s. 222. Ürem, s. 98. Metin, s. 8 – 9. Tekdoğan Bahçivancı, s. 748. Gönenç Fulya İlçin, “Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukuki Sorunlar”, 2015, 16-17 Ekim 2014 Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu Lefkoşa-Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Ed.: Prof. Dr. Hakan Hakeri, Av. Cahit Doğan, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 69.

¹⁴ İltaş, s. 1022. Dindar, s. 15. Nomer, s. 559. Tekdoğan Bahçivancı, s. 748. Gönenç, Üreme Teknikleri, s. 69.

¹⁵ Ağaoğlu, s. 441 – 442. Keskin, s. 2005. İltaş, s. 1023. Turgut, s. 77. Metin, s. 9. Kuş / Özbek Güven, s. 127. Gönenç, Üreme Teknikleri, s. 69.

b. Ticari ve Ticari Olmayan Taşıyıcı Annelik

Ticari taşıyıcı annelikte, taşıyıcı anne kazanç sağlamak amacıyla çocuğu taşır ve doğurur. Bu işlem, taşıyıcı annelik sözleşmesi ile belirli bir ücret karşılığında yapılır.¹⁶ Taşıyıcı anneliğin ücret karşılığı yapılması doktrinde “*kiralık annelik*” veya “*kiralık rahim*” olarak tanımlanmaktadır.¹⁷ Burada taraflar arasında kararlaştırılan ücret, taşıyıcı annenin hamilelik sürecinde oluşacak masraflar dışında ödenen bir bedeldir.¹⁸ Dünyada bazı ülkeler ticari taşıyıcı anneliği yasaklamıştır, çünkü bu tür bir sözleşmede doğacak çocuğun bir «meta» gibi görülmesi ahlaka aykırı bulunmuş ve bu nedenle yasaklanmıştır.¹⁹

Ticari olmayan taşıyıcı annelikte ise taşıyıcı anne, gönüllü olarak ve maddi bir kazanç beklemezsizin bu görevi üstlenir. Ticari olmayan taşıyıcı annelik, fedakârlık temeline dayanır ve bu süreçte yalnızca hamilelik nedeniyle ortaya çıkan giderlerin karşılanması için maddi destek sağlanır.²⁰ Buradaki maddi destek, hamilelikle ilgili tıbbi harcamalar, yaşanacak olası kazanç kaybı, sigorta masrafları ve yasal giderlerle sınırlıdır.²¹ Yani taşıyıcı anne yalnızca bu tür masraflarını karşı taraftan alır.

¹⁶ Ağaoglu, s. 442. Savaş, s. 10. İltaş, s. 1024. Dindar, s. 16. Turgut, s. 75. Erol, s. 126. Şimşek, s. 31. Ergüneş, s. 169. Sümer, s. 3. Metin, s. 10. Tekdoğan Bahçivancı, s. 748. Kuş /Özbek Güven, s. 127. Az /Karaman, s. 283 – 284.

¹⁷ Urgan Çalışkan, s. 491. Savaş, s. 11. Nomer, s. 570. Kırkbeşoğlu, s. 78. Şimşek, s. 31. Çam, s. 163. Ergüneş, s. 169. Hakeri, s. 83. Sümer, s. 3.

¹⁸ İltaş, s. 1025. Nomer, s. 570. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 948.

¹⁹ Yılmaz, s. 30; Urgan Çalışkan, s. 499 – 500; “Avusturya, Kanada, Danimarka, ABD’nin bazı eyaletleri (New York, New Jersey, Mexico, Nebraska, Virginia, Oregon) bazı ülkeler ticari olmayan taşıyıcı anneliğe izin vermektedir.” Bkz: İltaş, s. 1025; İngiltere de taşıyıcı anneliğe izin verilmiş ancak taşıyıcı annenin belirli bazı masrafları haricinde para karşılığı yapılması yasaklanmıştır. Bkz. Dindar, s. 16. Nomer, s. 570. Kırkbeşoğlu, s. 71. Çam, s. 160 – 161. Kılıçoğlu Yılmaz, s. 44. Ürem, s. 98. Sümer, s. 9 -10. Kavlak/ Amanak, s. 72. Metin, s. 24 – 25. Erol, s. 120. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 953.

²⁰ İltaş, s. 1024. Ergüneş, s. 169. Hakeri, s. 83. Sümer, s. 3. Tekdoğan Bahçivancı, s. 748. Keser, s. 309. Az /Karaman, s. 283. Erol, s. 121 – 122. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 948.

²¹ Ağaoglu, s. 442. İltaş, s. 1024. Dindar, s. 16. Şıpka, s. 2. Kuş /Özbek Güven, s. 127. Keser, s. 309. Erol, s. 126 – 127.

II. TÜRK MEVZUATI AÇISINDAN TAŞIYICI ANNELİK VE TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMESİ

Türk mevzuatı açısından taşıyıcı annelik, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ile Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'te yasaklanmıştır. Taşıyıcı annelik uygulamasında, gönüllü ebeveynler ile taşıyıcı anne arasında yapılan anlaşmaya "Taşıyıcı Annelik Sözleşmesi" denir. Her ne kadar Türk mevzuatında taşıyıcı annelik yasaklanmış olsa da bu tür sözleşmelerin TBK kapsamında belirli sözleşme tipleriyle benzerlikleri bulunmaktadır. Bu nedenle, taşıyıcı annelik sözleşmesinin hukuki niteliği de doktrinde tartışmalıdır. Ayrıca, taşıyıcı annelik uygulaması yasak olmasına rağmen, taşıyıcı annelik yoluyla doğan çocuk ile gönüllü aile arasında soybağının kurulması ve çocuğun miras hakkı da doktrinde oldukça tartışmalı olan bir konudur.

A. Türk Mevzuatı Açısından Taşıyıcı Annelik

Türk mevzuatında taşıyıcı annelik ile ilgili iki düzenleme karşımıza çıkmaktadır. 2018 yılına kadar taşıyıcı anneliğe ilişkin kanuni düzenleme yer almamakta sadece yönetmelikle konuya ilişkin düzenlemeler yer almaktaydı. Öncelikle 2010 yılında yürürlüğe giren mülga Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik (ÜYTE)'in 18. maddesinde taşıyıcı annelik yasaklanmıştır. 2014 yılında ise yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan ÜYTE'de mülga yönetmelikten ayrı bir değişiklik yapılmamıştır. Bu durum her zaman eleştirilmiş Anayasa tarafından güvence altına alınmış olan üreme hakkının sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin yönetmelikle yapılmasının kanunilik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiş ve eleştirilmiştir.²² Netice itibarıyla kanun koyucu tarafından 2018 yılında kanunilik ilkesine uygun olarak 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'a getirilen ek madde 1 ile taşıyıcı annelik *açıkça yasaklanmıştır*.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un ek madde 1'inde kanun koyucu, doğal yol-

²² Keskin, s. 1998. Tüzün Arpacıoğlu, s. 19. Zengin, s. 55.

larla çocuk sahibi olamayan evli çiftlerin, bizzat kendilerine ait üreme hücrelerini kullanarak bu hücrelerin vücut içinde ya da dışında döllenebileceğini ifade etmiştir. Ayrıca, bu üreme yöntemlerinin yalnızca yasal olarak evli çiftler arasında uygulanabileceği belirtilmiştir. Evli çiftlerden birine ya da her ikisine ait üreme hücrelerinden elde edilen embriyonun başka bir kişiye uygulanması ve bu şekilde çocuk sahibi olunması ya da taşıyıcı annelik yapılması ise açıkça yasaklanmıştır.

Başkasına ait üreme hücresi ya da embriyo kullanılarak donasyon yapılması, ayrıca bu amaçla üreme hücresinin veya embriyonun bağışlanması, satılması, bulundurulması, saklanması, taşınması, ithalatı ya da ihracatı yapılması veya bu işlemlere aracılık edilmesi de yasaklanmıştır.²³ Kanun koyucu bu hükümlerle, evli çiftler dışında yapay üreme yöntemlerini yasaklamış ve üçüncü kişilere ait üreme hücrelerinin kullanılmasını da engellemiştir. Bunun yanında, taşıyıcı annelik uygulamasını ve bu işlemlere aracılık edilmesini de yasaklamış, aynı kanunun 15. maddesinde, hukuka aykırı olarak doku alan, bu dokuyu nakleden, buna aracılık eden, satan, reklamını yapan veya ticaretini yapan kişilerin, Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesine göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Gerçekten de 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'a aykırı olarak embriyo veya üreme hücresi bağışlayan, bunların alım-satımını yapan, aracılık eden veya komisyonculuğunu yapan, bu fiilleri özendiren ya da reklam ve ilanlarını yapan kişiler, daha ağır bir suç işlememişlerse üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezai müeyyideye tabi tutulmuştur.²⁴

Buna ek olarak, kanun koyucu, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'in (ÜYTE) Ek-17 müeyyide formu bölümünün 4. maddesinde, üremeye yardımcı tedavi uygulamalarının yalnızca yasal olarak evli çiftlerin üreme hücreleri kullanılarak yapılabileceğini belirtilmiştir. Üçüncü kişilere ait üreme hücresinin donör olarak kullanılması,

²³ Savaş, s. 18. Yasan Tepetaş, s. 1223. Keskin, s. 2000. İltaş, s. 1031. Dindar, s. 18. Şensöz Malkoç, s. 16. Şimşek, s. 40. Turan, s. 1660. Çam, s. 157 - 158. Turgut /Işık, s. 223. Dülger, s. 8. Şensöz Malkoç, Boşluk, s. 2. Metin, s. 42 - 43. Gönenç, Üreme Teknikleri, s. 69.

²⁴ Savaş, s. 19. İltaş, s. 1032. Dindar, s. 17.

üçüncü bir kişiden alınan embriyo ile çocuk sahibi olunması veya evli çiftlere ait üreme hücrelerinden elde edilen embriyonun üçüncü kişilere nakledilmesi yasaklanmıştır.²⁵

Bu yasaklara aykırı olarak gerçekleşen gebeliklerin tespit edilmesi durumunda ise yasa dışı işlemi gerçekleştiren merkezin ruhsatı ve bu işlemleri yapan kişilerin sertifikaları iptal edilip adli yönden işlem yapılmak üzere Cumhuriyet savcılığına bildirileceği ve homolog dölleme dışında üçüncü kişiye ait üreme hücreleriyle yapılan işlemler yasaklanmıştır.²⁶ Yönetmeliğin 5. maddesinde de benzer şekilde Türkiye’de yasak olan üremeye yardımcı yöntemleri yurt dışında uygulayan kliniklere hasta yönlendiren veya teşvik eden merkezlerin faaliyetlerinin üç ay süreyle durdurulacağı, tekrarı durumunda ruhsatlarının iptal edileceği belirtilmiştir. Ayrıca, merkez çalışanı olmayan kişilerin bu işlemlere aracılık etmesi durumunda, bu kişilerin Sağlık Bakanlığı tarafından sertifikaları iptal edilerek, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezlerinde çalışmalarının süresiz olarak yasaklanacağı ifade edilmiştir.²⁷

B. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesi

Taşıyıcı annelik sözleşmesi, çocuk sahibi olmak isteyen ancak biyolojik olarak çocuk sahibi olma imkânı olmayan çiftin biyolojik olarak hamile kalma ve çocuk doğurma imkânı olan bir kadınla, çocuğu karnında taşıması ve doğurduktan sonra gönüllü ebeveynlerine teslim edeceğine ilişkin yapmış oldukları sözleşmedir.²⁸ Taşıyıcı annelik sözleşmesinin tarafları, çocuk sahibi olmak isteyen gönüllü ebeveynler ile çocuğu karnında taşıyan ve doğumdan sonra gönüllü ebeveynlere teslim eden taşıyıcı annedir. Taşıyıcı annenin kocası sözleşmeye taraf

²⁵ Urgan Çalışkan, s. 502. Yasan Tepetaş, s. 1222. Keskin, s. 1999. İltaş, s. 1030. Dindar, s. 17. Nomer, s. 547. Kırkbeşoğlu, s. 75. Turgut, s. 27. Şensöz Malkoç, s. 15. Erol, s. 122 – 123. Şimşek, s. 40. Çam, s. 158. Turgut /Işık, s. 223. Özcan, s. 106. Ergüneş, s. 170. Gönenç Fulya İlçin, “Hukuki ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm”, 2016, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı*, C. I, C. 22, S. 3, s. 1181. Hakeri, s. 87. Işık Özcan/ Sert/ Gönenç, s. 146. Şıpka, s. 3. Tüzün Arpacıoğlu, s. 15.

²⁶ Zengin, s. 56; Urgan Çalışkan, s. 502. Savaş, s. 20. Şensöz Malkoç, s. 16. Gönenç, s. 1181. Tüzün Arpacıoğlu, s. 16.

²⁷ Savaş, s. 21. Ergüneş, s. 175 – 176. Şıpka, s. 3.

²⁸ Turgut, s. 77. Turgut /Işık, s. 223. Kuş /Özbek Güven, s. 128. Erol, s. 115.

olmasa da Yılmaz'ında ifade ettiği üzere doğacak çocuk üzerinde istem sahibi çiftin soybağı kurabilmesi için gerekli olan her türlü adımı atmayı taahhüt etmektedir.²⁹ Taşıyıcı annelik sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Eğer taraflar sözleşmede bir bedel (ivaz) belirlemediyse ve taşıyıcı anne fedakârlık esasına dayalı olarak bu sözleşmeyi yapıyorsa, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olur.

Bu durumda, gönüllü ebeveynlerin, taşıyıcı annenin makul giderlerini (hamilelikle ilgili tıbbi masraflar, kazanç kaybı, sigorta giderleri ve yasal masraflar) karşılaması, sözleşmeyi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline getirmez. Ancak, sözleşmede taşıyıcı annenin hamilelik sürecinde karşılaşacağı masraflar dışında ayrıca bir bedel belirlenmişse, bu durumda tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olur. Sözleşmede bedel kararlaştırılmamış olsa dahi, her iki tarafın asli ve yan yükümlülükleri bulunmaktadır. Taşıyıcı annenin asli yükümlülüğü, yapay döllenmeye rıza göstermek ve doğumdan sonra çocuğu teslim etmektir. Yan yükümlülük olarak ise hem kendi sağlığına hem de çocuğun sağlığına özen göstermekle sorumludur.

Gönüllü ebeveynler ise, taşıyıcı annenin asli yükümlülüğünün karşılığı olarak, taraflarca sözleşmede kararlaştırılması durumunda ona belirli bir ücret ödemekle yükümlüdürler. Erol'a göre, ücretin ödenmemesi durumunda taşıyıcı annenin çocuğu teslim etmekten kaçınabileceği, hatta hapis hakkı dahi doğabileceği ifade edilmiştir. Ücret ödeme yükümlülüğü olmasa bile, gönüllü ebeveynler taşıyıcı annenin sözleşmeden kaynaklanan masraflarını ödemekle, çocuk doğduktan sonra çocuğu taşıyıcı anneden teslim almakla yükümlüdürler.

Kanun koyucu TBK m. 27'de kanunun emredici hükümlerine, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğunu ifade etmiştir.³⁰ Yukarıda izah ettiğimiz üzere kanun koyucu, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'da ve Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'te taşıyıcı annelik uygulamasını yasakladığı için mevcut hukuk düzenine göre

²⁹ Yılmaz, s. 55.

³⁰ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 957. Erol, s. 120.

taşıyıcı annelik sözleşmesi kesin hükümsüz olur.³¹ Ayrıca doktrindeki bazı görüşlerde, taşıyıcı annelik sözleşmesi ODNK ve ÜYTY hükümlerince yasaklanmış olduğundan sözleşmede belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmesinin mümkün olamayacağını bundan dolayı başlangıçtan itibaren imkânsız olacağı ifade edilmiştir.³² Ancak sözleşmenin gelecekte kanun koyucu tarafından düzenlenmesi ihtimaline ilişkin taşıyıcı annelik sözleşmesinin mahiyeti itibari ile nasıl düzenleneceği, hangi sözleşme hükümleri ile kıyasen uygulanabilir olduğu, sözleşmenin şeklen nasıl düzenlenmesi gerektiği doktrindeki diğer görüşler de dikkate alınarak tarafımızca inceleme gereği görülmüştür.

Doktrinde bir görüşe göre taşıyıcı annelik sözleşmesi; soybağı, velayet gibi aile hukukuna ait unsurların baskın olduğu, aile hukukuna ait bir sözleşmedir.³³ Ancak kanaatimizce sözleşmenin yapılmasındaki temel amaç çocuğu taşımak ve gönüllü ebeveyn yerine hamilelik sürecini yerine getirmek ve çocuk doğduğunda gönüllü ebeveyne teslim etmek olduğundan taşıyıcı anne, sonuç taahhüdünde bulunmamaktadır. Gerçekten de sözleşme, temel olarak vekalet sözleşmesi unsurlarını taşıyan borçlar hukukuna özgü bir sözleşmedir.³⁴ Bundan dolayı taşıyıcı anne çocuğun sıhhatli doğmasını taahhüt etmemektedir. Çocuğun sıhhatli doğmaması, örneğin Down Sendromlu doğmasından taşıyıcı anne mesul değildir.³⁵ Vekalet sözleşmesi hükümleri gereği taşıyıcı anne, sadece özen ve sadakat yükümlülüklerinden mesul olur.

Taşıyıcı annelik sözleşmesinde, annenin belirli bedel karşılığı taşıyıcı annelik yapması durumunda, annenin rahmi maddi bir bedel karşılığında başka bir kişi tarafından kullanılmış olacaktır.³⁶ Bu durum,

³¹ İltaş, s. 1033. Nomer, s. 569. Turgut, s. 77. Hakeri, s. 88. Şıpka, s. 3. Gönenç, Üreme Teknikleri, s. 69 - 70.

³² Kırkbeşoğlu, s. 73. İltaş, s. 1034. Parlak Boru, s. 100. Kuş /Özbek Güven, s. 128.

³³ Erol, s. 119. Ateş Bilge, Soybağı ve Soybağı Alanında Oluşabilecek Hukuksal Problemler, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, s. 163. Turgut, s. 112.

³⁴ Yılmaz, s. 153 - 154; Şensoz Malkoc, Taşıyıcı Annelik, s. 25. Turkmen, s. 142. Erol, s. 119.

³⁵ Hakeri: "Çocuğun özürlü doğması halinde genetik ebeveynin çocuğu almak istememesi halinde ortaya çıkabilir. Bu durumda taşıyıcı anne kanunun kendisinin kabul ettiği özürlü bir çocuğa bakmak durumunda kalacaktır." Hakeri, Tıp Hukuku, s. 959.

³⁶ Dindar, s. 15. Kırkbeşoğlu, s. 72. Şensoz Malkoc, s. 17. Özcan, s. 109.

TBK m. 27'ye göre kişilik haklarına aykırı sayılır. İnsan vücudunun ya da vücuda ait organların maddi karşılıkla kullanılmasının, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olduğu kabul edilmektedir.³⁷ Bu nedenle İngiltere ve ABD'nin bazı eyaletlerinde, taşıyıcı annelik sözleşmesinin ivaz karşılığı yapılması yasaklanmıştır.³⁸ Taşıyıcı annelik sözleşmesinin ivaz karşılığı düzenlenmesi hukuka ve kişilik haklarına aykırı olduğundan, bu sözleşmeye satım sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkün değildir.³⁹

Doktrinde bazı görüşler, taşıyıcı annelik sözleşmesinde belirli bir bedel öngörülmesi durumunda, özellikle taşıyıcı annenin çocuğun genetik annesi olmaması, sadece biyolojik olarak annesi olması halinde kira sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır.⁴⁰ Ancak bir insan organının kiralanması ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olduğundan, kira sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması da mümkün değildir.

Doktrinde ayrıca, eser sözleşmesi hükümlerinin de taşıyıcı annelik sözleşmesine, özellikle taşıyıcı annenin genetik anne olduğu durumlarda kıyasen uygulanabileceği ifade edilmiştir.⁴¹ Hatta çocuğun sakat doğması veya sağlıklı doğmaması durumunda taşıyıcı annenin ayıplı ifadan sorumlu olabileceği belirtilmiştir. Ancak taşıyıcı anne, tıbbi nedenlerle doğum yapamayan ya da hamilelik sürecini sağlıklı bir şekilde sürdüremeyen bir kadın yerine bu süreci üstlenen ve çocuğu dünyaya getiren kişidir. Bu nedenle, çocuğun sakat doğması veya sağlıklı doğmamasından taşıyıcı annenin sorumlu tutulamayacağı kanaatindeyiz. Taşıyıcı annenin sözleşmede üstlendiği yükümlülükler dikkate alındığında, eser sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması da mümkün değildir.

Kanaatimizce, taşıyıcı annelik sözleşmesi mahiyeti itibarıyla kanunda düzenlenen isimli (tipik) sözleşmelere (vekalet, eser, kira) ait

³⁷ Zengin, s. 60. Dindar, s. 15. Kırkbeşoğlu, s. 72. Turgut, s. 77. Özcan, s. 109. Ergüneş, s. 175. Erol, s. 120.

³⁸ Dindar, s. 16. Nomer, s. 570. Kırkbeşoğlu, s. 71. Kılıçoğlu Yılmaz, s. 44. Dülger, s. 9. Kuş /Özbek Güven, s. 128. Erol, s. 121 - 122.

³⁹ Zengin, s. 66- 67. Yılmaz, s. 149.

⁴⁰ Zengin, s. 66. Yılmaz, s. 155. Sümer, s. 3.

⁴¹ Yurdakul Cem, Yapay Döllene, s. 7. Yılmaz, s. 153 - 154.

unsurları kısmen barındıran, fakat bu unsurları kanun koyucunun öngörmediği şekilde bir araya getiren ve kanunda düzenlenmiş sözleşmelerden tamamen farklı, çocuk taşıma gibi yükümlülükleri içeren bir Sui Generis (kendine özgü) sözleşmedir.⁴²

TBK'da genel kural olarak şekil serbestisi vardır. Ancak kanun koyucu, istisnai durumlarda yazılı veya resmi şekil şartı öngörmüştür. Taşıyıcı annelik sözleşmesi, kanunda şekil şartı istisnai olarak düzenlenen sözleşmelerden biri olmadığından, bu sözleşmede şekil serbestisi geçerlidir.⁴³ Ancak Avrupa Konseyi'nin İnsanlarda Yapay Dölllenme Hakkında Tavsiye Kararı'na göre, taşıyıcı annelik sözleşmesinin yazılı yapılması gerekmektedir.⁴⁴ Kanaatimizce de çocuğun üstün yararının korunması ve taraflar açısından ispat kolaylığı sağlanması amacıyla bu sözleşmenin yazılı olarak yapılması gerekir.

TMK m. 23'e göre, hiç kimse hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez. Doktrindeki bazı görüşlere göre, taşıyıcı annenin doğacak çocuk üzerinde sahip olabileceği haklardan, taşıyıcı annelik sözleşmesi ile önceden vazgeçmesi veya bu konuda taahhütte bulunması, TMK m. 23 hükmüne aykırıdır.⁴⁵ Nitekim Nomer, taşıyıcı annenin çocuk üzerindeki hak ve fiil ehliyetinden sözleşme aracılığıyla vazgeçmesinin ahlaka aykırı olduğunu, bu nedenle yapılan sözleşmenin geçersiz sayılması gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁶ Ayrıca Nomer, insanların kendi amaçları doğrultusunda başkalarının vücudunu kullanmalarının, annenin hamilelik sürecinde çocukla kurduğu biyolojik ve ruhsal bağın göz ardı edilmesine yol açtığını ve bunun insan onurunu zede-

⁴² Zengin, s. 66 – 67; Yılmaz, s. 155. Dindar, s. 15. Şensöz Malkoç, s. 24. Keser, s. 310. Erol, s. 118. Savaş, taşıyıcı annelik sözleşmesinin ivazlı olması halinde satım sözleşmesine, ivazsız olması durumunda bağışlama sözleşmesine, sözleşmenin tarafları arasında var olan ilişkinin özen sorumluluğu doğurması dolayısıyla vekalet sözleşmesine ve son olarak ücret karşılığı özen sorumluluğu içinde eser ortaya çıkarması sebebiyle eser sözleşmesine benzemekte olduğu dolayısıyla taşıyıcı annelik sözleşmesini vekalet sözleşmesini de içinde barındıracak şekilde bir aile hukukuna sui generis sözleşme olduğunu ifade etmiştir. Bkz: Savaş, s. 50.

⁴³ Şensöz Malkoç, s. 26.

⁴⁴ Dindar, s. 15. Erol, s.118.

⁴⁵ İltaş, s. 1033. Kırkbeşoğlu, s. 73 – 74. Turgut, s. 78. Turgut /Işık, s. 224. Özcan, s. 109. Ürem, s. 98. Hakeri, s. 88. Sümer, s. 9. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 957 – 958.

⁴⁶ Nomer, s. 569.

leyici bir durum olduğunu belirtmiştir.⁴⁷ Bununla birlikte yazar, taşıyıcı annelik yoluna tıbbi gerekçelerle başvurulmuşsa ve sözleşmede ücret öngörülmemiş, fedakârlık unsuru baskınsa, bu durumda taşıyıcı annelik sözleşmesinin ahlaka aykırı olmayabileceğini de dile getirmiştir.⁴⁸ Kırkbeşoğlu ise Nomer'in bu görüşünü eleştirmiş, taşıyıcı annelik sözleşmesinin her durumda ahlaka aykırı olduğunu ve hangi amaçla yapılırsa yapılsın geçersiz sayılması gerektiğini savunmuştur.⁴⁹

Kanaatimizce, taşıyıcı annelik, tıbben gerekli tüm yöntemlere başvurulmasına rağmen olumlu bir sonuç alınamaması durumunda en son başvurulacak bir yöntemdir. Ayrıca bu sürecin ücret karşılığı yapılmaması ve tıbbi zorunluluk nedeniyle gönüllü bir taşıyıcı anne tarafından gerçekleştirilmesi halinde, kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık teşkil etmeyecektir.⁵⁰

TBK'nın 81. maddesinde hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin geri istenemeyeceği düzenlenmiştir. Taşıyıcı annelik sözleşmesi, ODNK ve ÜYTY hükümlerince taşıyıcı annelik yasaklandığı ve hukuka aykırı olduğundan, taşıyıcı annenin sözleşmeye aykırı olarak çocuğu teslim etmemesi durumunda, gönüllü ebeveynler aynen ifa davası açamaz. Hatta aynen ifa ile telafi edilemeyen durumlar için tazminat davası açılması durumunda mahkeme aynen tazmine karar verse dahi, günümüz hukuk sistemi çerçevesinde bu kararın uygulanması mümkün değildir. Ayrıca mevcut kanunlar uyarınca taşıyıcı annelik açıkça yasaklandığından, bu konuyu içeren sözleşmeler de hukuken geçersiz sayılır. Bu durumda hukuka aykırı sözleşmelerden doğan alacaklar eksik borç kapsamında değerlendirilecektir.⁵¹ Dolayısıyla gönüllü ebeveynler taşıyıcı anneye karşı ifa

⁴⁷ Nomer, s. 569.

⁴⁸ Nomer, s. 570 vd. Turgut, s. 78. Ürem, s. 98.

⁴⁹ Yazara göre taşıyıcı annelik durumunda gönüllü ebeveynlerin çocuk sahibi olmak istemeleri ahlaka ve hukuka aykırılık teşkil etmeyeceğini, taşıyıcı annelik sözleşmesi ile doğuran kadının üzerindeki tüm annelik haklarından ivaz karşılığı olsun ya da olmasın vazgeçeceğine ilişkin sözleşme her halükârda ahlaka aykırılık teşkil edeceğini ifade etmiştir. Bkz. Kırkbeşoğlu, s. 73. Turgut, s. 78.

⁵⁰ Ungan Çalışkan, s. 506. Nomer, s. 545. Dindar, s. 18. Unver, s. 291. Savaş, s. 59. İtaş, s. 1046. Erol: "Kanaatimce şayet bir annenin rahmi çocuğu taşımasına uygun değilse sadece evli çiftlerin üreme hücreleri kullanılarak taşıyıcı annelik sözleşmesine izin verilebilir." Bkz. Erol, s. 123.

⁵¹ Turgut, s. 79.

davası açamaz. Bu kapsamda taşıyıcı annenin sözleşme gereği ivaz almış olması durumunda, TBK m. 81 uyarınca hukuka ve ahlaka aykırı olarak verilen şey geri istenemeyeceğinden, sözleşmede kararlaştırılan ücret sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre de talep edilemez.⁵²

Bununla birlikte, sözleşmenin tarafları TBK m. 179 ve devamı hükümlerine göre, sözleşmenin icrasının temini amacıyla cezai şart kararlaştırmak isteyebilirler. Ancak, cebren icrası mümkün olmayan ve kanunen yasaklanmış bir sözleşmede, taraflar, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda cezai şarta ilişkin bir hüküm koymuşlarsa, TBK m. 182 hükmü gereğince cezai şartın ifası istenemez. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, borçlunun bu sebeplerden dolayı sorumlu tutulması söz konusu değildir.⁵³

C. Soybağı Açısından Taşıyıcı Annelik Sözleşmesi

TMK m. 282'ye göre, çocuk ile ana arasındaki soybağı doğumla kurulur.⁵⁴ Çocuk ile baba arasındaki soybağı ise, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur. TMK, Roma hukukundan gelen "*Mater semper certa est*" (Anne her zaman bellidir) kuralına dayanarak çocuğu doğuran kadının annesi olduğunu kabul eder.⁵⁵ Bu nedenle taşıyıcı anne, genetik anne olup olmamasına bakılmaksızın çocuğun

⁵² Turgut, s. 79. Ungan Çalışkan, s. 501. Doktrinde başka bir görüşe göre Türk Borçlar Kanunu'na göre taşıyıcı annelik sözleşmesinin konusu hukuka ve ahlaka aykırı olduğundan geçersiz sayılmalıdır. Normalde hukuka ve ahlaka aykırı amaçla verilen ivazın iadesinin söz konusu olamayacağına eksik borç konusu teşkil edeceğini ancak taşıyıcı annelik sözleşmesinde taraflar, hukuka ve ahlaka aykırı amacı gerçekleştirmek bilincinde olmadan ivaz verilmesini kararlaştırdıklarından verilen ivazın sözleşmenin geçersiz olmasından dolayı iadesi söz konusu olacağını eksik borç konusu oluşturmayacağını ve taşıyıcı annenin çocuğun doğumundan sonra çocuğu teslim etmemesi halinde aldığı ivazı geri vermek zorunda olduğunu ifade etmişlerdir. Bkz: Kırkbeşoğlu, s. 76. Serozan, s. 167. Şıpka Şükran, Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar, <http://www.turkhukuksitesi.com/>; İltaş, s. 1032. Özcan, s. 109.

⁵³ Yılmaz, s. 152 - 153.

⁵⁴ Keskin, s. 2008. Dindar, s. 19. Şıpka, s. 2.

⁵⁵ Ungan Çalışkan, s. 500. Savaş, s. 37. Yasan Tepetaş, s. 1222. Dindar, s. 19. Çam, s. 160. Kılıçoğlu Yılmaz, s. 44. Hakeri, s. 88. Şensöz Malkoç, Boşluk, s. 5. Metin, s. 42 - 43. Gönenç, Üreme Teknikleri, s. 72. Nomer, s. 566. Turan, s. 1660. Çam, s. 163. Şıpka, s. 2.

annesi sayılır.⁵⁶ Soybağına ilişkin hükümler emredici nitelikte olduğundan, bu duruma aykırı sözleşmeler yapılamaz.⁵⁷

Türk Hukuk Sistemi'nde taşiyıcı annelik sözleşmesi yasaklanmıştır. Ancak bu yolla bir çocuk dünyaya gelirse, gönüllü ebeveynlerle çocuk arasında soybağının doğumla kurulması mümkün değildir. Doktrinde bu durum, genetik anne ile biyolojik annenin aynı kişi olup olmamasına göre farklı şekillerde değerlendirilmektedir. Taşiyıcı annenin çocuğun sadece biyolojik annesi olması halinde, taşiyıcı anne doğumla birlikte anne sayılır, ancak soybağının tespiti davasıyla gerçek annenin (genetik anne) belirlenmesi mümkündür.⁵⁸ Genetik bağı öncelik tanıyan Nomer, taşiyıcı annenin soybağını reddetmesinin hakkın kötüye kullanılması olmadığını savunur.⁵⁹ Taşiyıcı annenin hem biyolojik hem de genetik anne olduğu durumda ise gönüllü anne ile çocuk arasında soybağı yalnızca birlikte evlat edinme ilişkisi ile kurulabilir.⁶⁰

Ayrıca Nomer'e göre, yumurta bağı durumu genetik annenin ebeveynlik iddiasında bulunması mümkün değildir. Çünkü Nomer, genetik annenin en baştan itibaren çocuk üzerinde ebeveyn olma iradesinin bulunmadığını ifade etmiştir.⁶¹ Kırkbeşoğlu ise, Nomer'in genetik bağı öncelik tanıyan ve tarafların iradelerine dayanan bu görüşünün uygulamada çelişkilere yol açacağını savunur.⁶² Kırkbeşoğlu'na göre, doğuran kadının anne sayılması gerekmektedir. Ayrıca, Kırkbeşoğlu, TMK'nın 282. maddesinin kesin karine teşkil etmesi nedeniyle, taşiyıcı annelikte gönüllü ebeveynin kendi yumurtalarını kullanmış olsa dahi çocukla soybağını ancak evlat edinme yoluyla kurabileceğini savunmaktadır.⁶³

Hatemi'ye göre, genetik anne ile biyolojik annenin farklı kişiler olması durumunda, doğuran kadın anne olarak kalmalıdır. Ancak

⁵⁶ Ungan Çalışkan, s. 500. Savaş, s. 37. Kılıçoğlu Yılmaz, s. 44. Ergüneş, s. 173 - 174. Keser, s. 311.

⁵⁷ Kırkbeşoğlu, s. 74. Nomer, s. 571. Turgut, s. 99.

⁵⁸ Nomer, s. 571. Dindar, s. 19. Kırkbeşoğlu, s. 79. Turgut, s. 101. Turan, s. 1660. Çam, s. 167. Kılıçoğlu Yılmaz, s. 44.

⁵⁹ Nomer, s. 571. Turan, s. 1660. Çam, s. 164. Kılıçoğlu Yılmaz, s. 44.

⁶⁰ Nomer, s. 574. Kırkbeşoğlu, s. 77- 78. Dindar, s. 19. Turgut, s. 100.

⁶¹ Nomer, s. 572 - 573. Turgut, s. 101.

⁶² Kırkbeşoğlu, s. 80. Turgut, s. 101.

⁶³ Kırkbeşoğlu, s. 79 - 80. Dindar, s. 20. Turgut, s. 102

mirasçılık ve evlenme yasağı gibi hakların her iki anne açısından da geçerli olması gerektiğini belirtir.⁶⁴ Bununla birlikte, çocuğun hangi kadına teslim edileceğine hâkimin karar vermesi gerektiğini savunur.⁶⁵ Genetik ve biyolojik anneler arasında çocuğun soybağına dair bir uyumsuzluk çıktığında ise biyolojik annenin çocuğun annesi olması gerektiğini ifade eder.⁶⁶

Kanaatimizce, bu görüşü çocuğun üstün menfaati açısından desteklese de Nomer'in de belirttiği üzere taşıyıcı annelik nedeniyle hukuken "*çifte annelik*" ya da "*bölünmüş annelik*" oluşturulması, çocuğun üstün menfaati açısından sağlıklı olmayacaktır.⁶⁷ Her durumda, çocuğun üstün menfaati gereği, hukuken tek bir annesi olmalıdır.

Serozan'a göre, anne ile çocuk göbek bağı ile bağlandığından, çocuk genetik annesine değil, biyolojik annesine ait olmalıdır. Taşıyıcı anne, çocuğu karnında taşıdığı için çocuk biyolojik annesine bağlanmaktadır.⁶⁸ Bu nedenle, Serozan, taşıyıcı anneye soybağını reddetme imkânı tanımamıştır. Soybağını reddetmesi durumunda, velayetin gönüllü anneye geçmesiyle birçok sorunun doğacağını ileri sürmüştür.⁶⁹

TMK'ya göre, çocuk ile baba arasında soybağının kurulması, taşıyıcı annenin bekar olup olmamasına göre değişir. TMK m. 282/2'ye göre, çocuk ile baba arasında soybağı, anne ile evlilik, tanıma veya hâkim kararı ile kurulur.⁷⁰ Eğer taşıyıcı anne bekar ise, gönüllü babanın çocuğun soybağına sahip olması için onu tanıması yeterlidir.⁷¹ Böylece, genetik baba çocuğu kolaylıkla tanıyabilir. Ancak, genetik anne ile çocuk arasında soybağının bu şekilde kurulması mümkün değildir. Kırkbeşoğlu'na göre, bu durumda yalnızca istem sahibi evli

⁶⁴ Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku (Sınava Hazırlık Kitabı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1999, s. 98.

⁶⁵ Hatemi, Aile Hukuku, s. 98.

⁶⁶ Hüseyin Hatemi, Miras Hukuku, Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, İstanbul 2004, s. 25.

⁶⁷ Nomer, s. 562.

⁶⁸ Hüseyin Hatemi / Rona Serozan, Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993, s. 287. Kırkbeşoğlu, s. 79. Turgut, s. 102. Turan, s. 1660. Çam, s. 166. Kılıçoğlu Yılmaz, s. 44.

⁶⁹ Serozan, s. 166, 167. Savaş, s. 40. Kırkbeşoğlu, s. 80. Turan, s. 1660. Kılıçoğlu Yılmaz, s. 44.

⁷⁰ Ungan Çalışkan, s. 500. Savaş, s. 37. Nomer, s. 563. Nomer, s. 579. Keser, s. 312. Gönenç, Üreme Teknikleri, s. 76.

⁷¹ Kırkbeşoğlu, s. 74. Ağaoğlu, s. 476. Ergüneş, s. 173. Ürem, s. 97. Hakeri, s. 89.

çift birlikte evlat edinebilir; çocuk ile genetik anne arasında soybağı kurulmasının başka bir yolu yoktur.⁷² TMK m. 306/3'e göre, eşlerden biri diğer eşin çocuğunu evlat edinmek istiyorsa, evlat edinen eşin en az iki yıldır evli olması veya otuz yaşını doldurmuş olması gerekir. Dolayısıyla, taşiyıcı annenin bekar olması durumunda, çocuk ile baba arasında soybağı tanıma yoluyla; anne ile ise evlat edinme yoluyla kurulur. Ancak, taşiyıcı annenin evli olması durumunda babalık karinesi devreye girer. TMK m. 285/1'e göre, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.⁷³ Bu durumda, taşiyıcı annenin evli olması halinde doğan çocuk, doğrudan taşiyıcı annenin kocasının soybağına bağlanacaktır.⁷⁴

Soybağının reddi davasını daha önce yalnızca TMK m. 286'ya göre ya koca ya da çocuk açabilirdi. Eğer dava koca tarafından açılırsa, davalı anne ve çocuk olur. Çocuk tarafından açılması durumunda ise davalı, anne ve kocadır. Koca tarafından babalık karinesi çürütülmediği sürece, çocuğun başka bir erkek tarafından tanınması mümkün değildi.⁷⁵ Bu nedenle, soybağını üzerine almak isteyen genetik baba, TMK m. 286'ya göre kocaya karşı soybağının reddi davası açamazdı. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 26/7/2023 tarihli ve E.:2023/37; K.:2023/140 sayılı kararı ile TMK m. 286/1 hükmü iptal edilmiştir. Bu kararla genetik bağa daha fazla önem verilmiş ve üçüncü bir kişi, çocuk ile genetik bağını ispat etmesi durumunda babalık karinesi çürütülebilir hale gelmiştir. Böylece, genetik baba dava açma hakkı kazanmıştır.⁷⁶

Netice itibariyle yukarıda da birçok kez ifade edildiği gibi, Türk mevzuatına göre taşiyıcı annelik uygulaması yasak olmasına rağmen, bu yöntemle dünyaya gelen çocuk ile gönüllü ebeveynler arasında soybağı kurulması kanaatimizce, genetik anne ve baba için en uygun yol TMK m. 282 kapsamında evlat edinme yoluyla gerçekleşebilir. Ancak, TMK m. 305'e göre, bir küçüğün evlat edinilmesi, evlat edinen kişinin çocuğa en az bir yıl boyunca bakmış ve onu eğitmiş olması koşuluna

⁷² Kırkbeoğlu, s.78. Turgut, s. 100. Ağaoğlu, s. 476.

⁷³ Nomer, s. 567. Çam, s. 166. Özcan, s. 105. Ergüneş, s. 172. Tüzün Arpacıoğlu, s. 18. Gönenç, Üreme Teknikleri, s. 76.

⁷⁴ Savaş, s. 38. Dindar, s. 20. Çam, s. 166. Ergüneş, s. 173. Keser, s. 312.

⁷⁵ Yılmaz, s. 128.

⁷⁶ Kayaalp Abdullah Emre, Türk Hukukunda Soybağı ve Soybağının Reddi, Yetkin Yayınları, 2023, s. 114 - 115.

bağlıdır. Dolayısıyla, taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuğun hemen evlat edinilmesi mümkün değildir.

D. Miras Hukuku Bakımından Taşıyıcı Annelik

Günümüz Türk Kanunlarına göre, taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuk, genetik ebeveynlerine değil, biyolojik annesinin soybağına bağlı olacak ve bu nedenle biyolojik annesinin mirasçısı olacaktır. Bu durum, taşıyıcı annenin diğer mirasçıları açısından olumsuz sonuçlar doğurabilir. Ayrıca, taşıyıcı annelik uygulamasıyla doğan çocuk, TMK kapsamında genetik ebeveynleriyle ancak evlat edinme yoluyla bağ kurabilecektir.⁷⁷ Bu durumda, çocuk sadece kendisini evlat edinen ebeveyninden mirasçı olacak; genetik anne ve babasının üst soyundan ise mirasçı olamayacaktır. Bu da çocuk açısından birtakım dezavantajlar yaratacaktır.⁷⁸

Doktrinde, bu olumsuz sonuçların önüne geçmek için, taşıyıcı annelikle doğan çocuğun genetik ailesi tarafından tanınmasına olanak sağlanması gerektiği savunulmaktadır. Miras hukuku açısından çocuğun, genetik ailesiyle soybağı kurabilmesine imkân sağlanmalıdır.⁷⁹ Bu varsayımların gerçekleşmemesi için, taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuğun aile ve miras hukukunun temelini oluşturan soybağının genetik ailesiyle sağlanması, çocuğun kişilik hakkının korunması açısından önemlidir.

III. TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Taşıyıcı annelik, yukarıda açıkladığımız üzere, ODNK ve ÜYTY hükümlerine göre yasaklanmıştır. Bu nedenle, mevcut kanunlara göre yapılan taşıyıcı annelik sözleşmesi kesin olarak hükümsüzdür. Ayrıca, daha önce açıkladığımız gibi, doktrinde taşıyıcı annenin sözleşme gereği doğacak çocuk üzerindeki haklarından vazgeçmesinin mümkün olmadığı ve taşıyıcı annelik sözleşmesinin ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık teşkil ettiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu hususlara

⁷⁷ Yılmaz, s. 131.

⁷⁸ Savaş, s. 46.

⁷⁹ Nazlı Hilal Çelik, "Taşıyıcı Annelikte Çocuğun Soybağı Sorunu", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 2017, C. 9, S. 21, s. 5.

rağmen, taşıyıcı annelik sonucunda Türkiye’de bir çocuğun doğması durumunda, çocuğun gönüllü ebeveynleri ile soybağı ancak evlat edinme yoluyla kurulabilir; bu da oldukça zahmetli bir süreçtir.

Türkiye’de olduğu gibi, Fransa dahil birçok ülke taşıyıcı annelik sözleşmesine izin vermemektedir. Ancak bu yasaklar, ülkelerin vatandaşlarının başka bir ülkede taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmalarını engelleyememektedir. Bu durum, başka bir ülkeden alınan doğum belgesinin vatandaşlık bağı bulunan ülke tarafından geçerli sayılmamasına ve sınır aşan taşıyıcı annelik sorununun ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. 2014 yılında karara bağlanan “*Menesson*”⁸⁰ ve “*Labassee*”⁸¹ davaları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde (AİHM) görülen sınır aşan taşıyıcı anneliğe ilişkin ilk davalardır.

Menesson davasında, başka bir ülkede taşıyıcı annelik yoluyla doğan bir çocuk için Fransız devleti, o ülkede düzenlenen doğum belgesini Fransız Medeni Kanunu’na göre geçersiz saydığı için çocuğa doğum belgesi vermemiştir. Fransız Yüksek Mahkemesi de aynı gerekçeyle, istem sahibi aile ile soybağı kurulamayacağına, ancak çocuğun, taşıyıcı annenin doğum yaptığı ülkede düzenlenen doğum belgesi geçerli olmak kaydıyla, istem sahibi aileyle birlikte Fransa’da yaşamasına bir engel bulunmadığına karar vermiştir. Aile, Fransız Yüksek Mahkemesi’nin bu kararına itiraz ederek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmuştur. AİHM, çocuğun fiilen Fransa’da istem sahibi aile ile yaşamasının yeterli olmadığına; çocuğun, istem sahibi baba ile mevcut biyolojik bağından kaynaklanan Fransız topluma aidiyet duygusunun zedelenmemesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme, biyolojik bağın kişiliğin gelişiminde büyük bir öneme sahip olduğunu vurgulayarak, çocuğun özel hayatındaki belirsizliklerin giderilmesi gerektiğini ve bu durumun, Avrupa İnsan Hakları

⁸⁰ Tekdoğan Bahçivancı, s. 753. CASE OF MENNESSON v. FRANCE, 26/06/2014, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22Menesson%20c.%20France,%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-153369%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22Menesson%20c.%20France,%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-153369%22]}); Ağaoğlu, s. 470; Gölcüklü, İlyas, “Milletlerarası Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, 2021, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, s. 842.

⁸¹ Tekdoğan Bahçivancı, s. 753; CASE OF LABASSEE v. FRANCE, 26/06/2014, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22Labassee%20c.%20France%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-149046%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22Labassee%20c.%20France%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-149046%22]}); Ağaoğlu, s. 470. Gölcüklü, s. 842.

Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın ihlali anlamına geldiğine hükmetmiştir.⁸²

Karardan da anlaşıldığı üzere, AİHM içtihatları, taşıyıcı annelik uygulaması sonucu doğan çocuğun üstün menfaatini, ülkelerin iç hukuklarında taşıyıcı anneliği yasaklayan hükümlerin korunmasını amaçladığı değerlerden üstün tutmuş ve istem sahibi aile lehine karar vermiştir.⁸³ Gerçekten de taşıyıcı annelik sözleşmesinin doğrudan yasaklanması, taşıyıcı annelik yönteminin uygulanmasına engel olmamaktadır.⁸⁴ Modern dünyada birçok ülkede taşıyıcı annelik sözleşmesine izin verilmekte ve insanlar bu yolla çocuk sahibi olabilmektedir.⁸⁵ Bu durum, sınır aşan taşıyıcı annelik sorununa yol açmaktadır. Yukarıda açıklanan nedenlerle, taşıyıcı annelik sözleşmesi hukuka ve ahlaka uygun olarak, tıbbi gereksinimlerden kaynaklanan zorunluluklar göz önünde bulundurularak, kanun koyucu tarafından belirli kriterlere bağlanarak düzenlenmelidir.⁸⁶

Taşıyıcı annelik sözleşmesi kanun koyucu tarafından kriterlere bağlanırken, kanaatimizce, sözleşmenin tarafı olan istem sahibi çiftin, TMK ve ilgili yasalarda öngörülen hükümlere uygun şekilde evli olması gerekmektedir. Gerçekten de TMK'ya göre, evli çiftlerin doğal yollarla çocuk sahibi olamaması ve taşıyıcı annelik dışındaki yapay üreme yöntemlerini denemiş olması şarttır. İstem sahibi çiftin mevcut doğal ya da yapay üreme yöntemlerini denediği, tıbben doğrulanmalı ve bu durum tıbbi bir raporla desteklenmelidir.⁸⁷ Tüm alternatif üreme yöntemleri tükendikten sonra taşıyıcı annelik yöntemine başvurulmasının önü açılmalıdır.⁸⁸

Geleneksel taşıyıcı annelikten farklı olarak, yalnızca fedakârlık unsuruna dayanan ve ücret karşılığı olmayan "*Gestasyonel Taşıyıcı*

⁸² Tekdoğan Bahçivancı, s. 753 - 754; CASE OF MENNESSON v. FRANCE, 65192/11, 26/06/2014, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22fulltext%22:%22Menesson%20c.%20France,%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-153369%22>; İLTAŞ, s. 1239; Ağa-oğlu, s. 470. Gölcüklü, s. 842.

⁸³ Yasan Tepetaş, s. 1252. Turan, s. 1660.

⁸⁴ Şensöz Malkoç, Boşluk, s. 2.

⁸⁵ Şensöz Malkoç, Boşluk, s. 2.

⁸⁶ Ürem, s. 98.

⁸⁷ Hakeri, Taşıyıcı Annelik E Kitap, s. 27.

⁸⁸ Kırkbeşoğlu, s. 72.

*Annelik*⁸⁹ yöntemi uygulanmalıdır.⁹⁰ Bu yöntemle, taşıyıcı anne ile çocuk arasında genetik bir bağ bulunmamalıdır. Taşıyıcı annelik sözleşmesi yapılırken, eğer taşıyıcı anne evli ise kocasının yazılı izni alınmalıdır. Sözleşmede ücret belirlenmemeli, taşıyıcı annenin fedakârlık unsuru ön planda olmalıdır.⁹¹ İstem sahibi çift, sözleşme gereği yalnızca taşıyıcı annenin hamilelik nedeniyle yaptığı masrafları ve çalışmamasından kaynaklı ücret kayıplarını karşılamalıdır.⁹² Bu makul masrafların dışında, sözleşmede başka bir ivaz belirlenmemelidir.⁹³ Böyle bir sözleşmede, tarafların ahlaka ve kişilik haklarına aykırı bir amaçla hareket ettikleri söylenemez.⁹⁴ Zira üreme hakkı temel bir insan hakkıdır ve biyolojik sebeplerle doğal ya da yasalarca kabul edilen yöntemlerle çocuk sahibi olamayan çiftlerin, gelişen teknolojiyle birlikte taşıyıcı annelik yöntemlerini kullanarak çocuk sahibi olmalarının engellenmesi doğru değildir.

TMK’da kabul gören “*Mater semper certa est*” (Anne her zaman bellidir) kuralı, günümüz teknolojiyle bir çocuğun hem biyolojik hem de genetik annesinin farklı olabilmesi durumunu açıklayamamaktadır.⁹⁵ Gelişen teknoloji sayesinde artık bir çocuğun genetik annesi ile biyolojik annesinin farklı olmasına imkân tanınmaktadır.⁹⁶ Ancak mevcut TMK hükümleri, bu gelişmelerin getirdiği imkanlara çözüm sunamamakta ve soybağına ilişkin karmaşık sorunlara yanıt verememektedir. Artık bir kimse, kendisiyle genetik bağı olmayan bir çocuğu dünyaya getirebilmektedir. Ancak mevcut düzenlemelere göre, genetik annesi başka bir kadın da olsa, çocuğu doğuran kadın anne kabul edilmektedir. Bu durum, çocuğun üstün menfaatini zedelemekte ve taşıyıcı anneliğe başvuran istem sahibi aile ile çocuğun soybağının kurulmasını engellemektedir.⁹⁷

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 7. ve 8. maddelerine göre, çocuğun gerçek anne ve babasını öğrenme hakkı bulun-

⁸⁹ Detaylı bilgi için bakınız, I-B-2-a başlığı.

⁹⁰ Hakeri, Taşıyıcı Annelik E Kitap, s. 28.

⁹¹ Ergünes, s. 175. Ürem, s. 98. Hakeri, Taşıyıcı Annelik E Kitap, s. 28.

⁹² Hakeri, Taşıyıcı Annelik E Kitap, s. 28; Savaş, s. 49.

⁹³ Savaş, s. 49.

⁹⁴ Kırkbeşoğlu, s. 72.

⁹⁵ Dindar, s. 20. Turan, s. 1660. Çam, s. 163. Şensöz Malkoç, Boşluk, s. 5. Gönenç, Üreme Teknikleri, s. 71.

⁹⁶ Şensöz Malkoç, Boşluk, s. 5. Gönenç, Üreme Teknikleri, s. 71.

⁹⁷ Savaş, s. 36.

maktadır.⁹⁸ Taşıyıcı annelik yoluyla doğan bir çocuğun, genetik bağ ile bağlı olduğu annesinin nüfusuna kaydedilme hakkı olmalıdır. Burada çocuğun üstün menfaatine saygı gösterilmeli ve genetik bağ dikkate alınmalıdır.⁹⁹

İslam hukuku açısından taşıyıcı annelik yöntemi tartışılmakta olup bazı görüşler taşıyıcı anneliği sütannelik uygulamasına benzeterek caiz olduğunu iddia etmektedir.¹⁰⁰ Bu görüşü savunanlar, çiftlerin evli olması, akıl baliğ olması ve doğal yollarla çocuk sahibi olamamaları gibi şartları öne sürmektedirler.¹⁰¹ Bununla birlikte, İslam hukuku açısından taşıyıcı anneliğin caiz olduğuna dair görüşler de mevcuttur.¹⁰²

⁹⁸ Yasan Tepetaş, s. 1255. Turan, s. 1660. Tekdoğan Bahçıvancı, s. 752. Madde 7: Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır. Taraf Devletler, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması sözkonusu olduğunda kendi ulusal hukuklarına ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakların işlerlik kazanmasını taahhüt ederler. Madde 8: Taraf Devletler, yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları dahil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler. Çocuğun kimliğinin unsurlarının bazılarında veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması halinde, Taraf Devletler çocuğun kimliğine süratle yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumada bulunurlar.

⁹⁹ Dindar, s. 17. Yasan Tepetaş, s. 1256. Turan, s. 1660. Çam, s. 164. Kılıçoğlu Yılmaz, s. 45.

¹⁰⁰ Şimşek Ayşe, "İslam Hukuku Açısından Taşıyıcı Annelikte Meşruiyet Tartışmaları", 2014, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 24, s. 250- 251. Maçın, Hasan; "Taşıyıcı Anneliğin Fıkhi ve Etik İmkânı Üzerine Bir Deneme", 2020, *İslam İlimleri Araştırmaları Dergisi*, S. 7, s. 63. Hakeri, s. 84- 85. Ungan Çalışkan, s. 467.

¹⁰¹ Şimşek, İslam, s. 249 – 250.

¹⁰² Diyanet İşleri Başkanlığı Din Yüksek İşleri Kurulu, sütannelik uygulamasında çocuk ile anne arasında genetik bağın bulunmadığını ve aralarındaki ilişkinin sadece süt emme fiili ile sınırlı olduğunu ancak taşıyıcı annelikte çocuk ile taşıyıcı anne arasında gen bağının olması ya da psikolojik olarak anne ile çocuk arasında bir bağın oluştuğunu bu durumda süt emme fiilinin sınırlarının çok ötesinde olduğunu bundan dolayı taşıyıcı annelik yönteminin caiz olmadığını ifade etmiştir. Ayrıca taşıyıcı anneliğin nesebi karıştıracağını ifade etmiştir. Söz konusu görüş: "Söz konusu görüşlerden birincisi, çocuğun nesebini isabetli bir şekilde yumurta ve sperm sahibi eşlere bağlamaktadır. Ancak, taşıyıcı anneyi hükmî sütanne gibi değerlendirerek çocukla onun sadece mahremiyet ilişkisi bulunduğu, nesep bağının ise söz konusu olmadığı tespitini yapmaktadır. Varılan sonuç isabetli olmakla beraber takip edilen yol, çocukla taşıyıcı anne arasındaki mahremiyeti hükmî sütanneliğe bağlaması açısından sağlıklı değildir. Çünkü her ne kadar süt

Türkiye’de üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine ilişkin mevcut düzenlemeler, gelişen teknolojinin sunduğu imkanlar karşısında oldukça yetersiz kalmaktadır. Mevcut hükümler, taşıyıcı annelik ve yapay üreme yöntemlerinin oluşturduğu soybağı gibi birçok mesele-ye çözüm sunamamakta ve yapay üreme yöntemiyle dünyaya gelen çocuğun üstün menfaatini koruyamamaktadır.¹⁰³ Oysa günümüzde taşıyıcı annelik, tıbbi nedenlerle de tercih edilebilmektedir. Özellikle gönüllü annenin taşıyıcı anneliğe başvurmasının nedenleri arasında; kadının rahminin olmaması ya da sonradan alınmış olması, rahmi olsa dahi çocuğu taşıyamayacak durumda olması, böbrek yetmezliği, kalp yetmezliği gibi ciddi hastalıkların varlığı sayılabilir.¹⁰⁴

emzirme ile çocuğu karnında besleme işlemleri bir insan uzvunun sağladığı menfaatin kiralanması noktasında benzeşmekte gibi görünseler de gerçekte, bunların birbirine benzetilmesi kıyas maalfârik olur. Çünkü süt annelik (radâ’) konusu Kur’an ve Sünnetle meşru kılınmış iken (Talak 65/6; Nisa 4/23; Ebû Dâvûd, Nikah, 7) taşıyıcı annelik ise rahmin haramlığı (Mü’minûn 23/5; Nûr 24/30; Ahzab 33/35) ve neslin korunması genel ilkelerine aykırılığı sebebiyle meşru değildir. Oysa aynı sonuca hükmî sütannelik benzetmesi üzerinden değil de, çocuğu karnında taşımak, beslemek ve dünyaya getirmek gibi karineler sebebi ile ortaya çıkan “annelik şüphesi” üzerinden gidilmesi daha isabetli olacaktır.” Bkz: <https://kurul.diyaret.gov.tr/Karar-Mutalaa-Cevap/4482/tasiyici-annelik-uygulamasi-ve-boyle-bir-yolla-dogan-cocugun-annesi-nesebi-mirasi-mahremiyeti-ve-velayetinin-dini-hukmu-hakkinda#:~:text=Buna%20g%C3%B6re%20helalli%C4%9Fi%20y%C3%B6n%C3%BCnde%20delil%20bulunmayan%20ta%C5%9F%C4%B1y%C4%B1c%C4%B1%20annelik%20uygulamas%C4%B1%20haramd%C4%B1r.>

¹⁰³ Hakeri, taşıyıcı anneliğin cezalandırılmasına ilişkin hazırlanan bir taslak bulunduğunu ve bu taslağın şu şekilde olduğunu ifade etmektedir: “eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaktır” “bu kanuna aykırı şekilde embriyo ve üreme hücreleri taşıyan, aşılardan, bulunduran, kullanan, saklayan ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya komisyonculuğunu yapanlar ve ya bu fiilleri özendiren, bunlara yönlendiren veya bunlara yönelik ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç teşkil etmediği takdirde üç yıl dan beş yıla kadar hapis ve bin günden iki bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Bu fiillerin Türk vatandaşları tarafından yurtdışında işlenmesi halinde, ilgili ülkede fiil suç oluşturmasa dahi fail bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılır” Bkz. Hakeri, Taşıyıcı Annelik E kitap, s. 24 - 25.

¹⁰⁴ Savaş, s. 24.

Ayrıca, mevzuatımız taşıyıcı annelik sözleşmesinin yapılmasını yasaklasa da dünyada birçok ülke bu uygulamaya izin vermektedir. İstem sahibi çiftler, taşıyıcı anneliğin serbest olduğu bir ülkede, bu hizmeti sunan bir merkez veya klinik ile anlaşarak çocuk sahibi olabilirler. O ülkede, çocuğun istem sahibi çift ile soybağının kurulması için gerekli resmi işlemler yapılabilir.¹⁰⁵ Sonuç olarak, istem sahibi çiftin vatandaşlık bağı bulunduğu ülkenin mevzuatları taşıyıcı anneliği yasaklasa dahi, insanların bu yöntemle çocuk sahibi olmasını engellemek mümkün olmamaktadır.¹⁰⁶

SONUÇ

Kanun koyucu, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'te heterolog döllenişmeyi yasaklamıştır. Sadece homolog üreme yöntemine izin verilmiş, üçüncü bir kişiye ait üreme hücresinin kullanılmasını içeren heterolog üreme yöntemi yasaklanmıştır. Ayrıca, kanun koyucu 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'da taşıyıcı anneliği doğrudan yasaklamıştır. Doktrinde ise bazı yazarlar, TBK m. 27'ye dayanarak bir kimsenin ücret ve ivaz karşılığı taşıyıcı annelik yapmasının ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olduğunu ifade etmektedir.

TMK m. 282'ye göre, çocuk ile anne arasında soybağı doğumla kurulur. Türkiye'de taşıyıcı annelik yöntemi ile bir çocuğun dünyaya gelmesi durumunda, mevcut düzenlemelere göre çocuk doğrudan taşıyıcı annenin soybağına bağlanacaktır. Çocuğun istem sahibi çift ile soybağı ilişkisinin kurulması, ancak çocuğun birlikte evlat edinilmesiyle mümkündür. Çocuk ile baba arasında soybağı ise anne ile evlilik, tanıma veya mahkeme kararıyla kurulur. Taşıyıcı annelik yöntemi ile istem sahibi baba arasında soybağının kurulması, taşıyıcı annenin bekar olup olmamasına göre değişiklik gösterir. Taşıyıcı anne bekar ise, çocuk ile istem sahibi baba arasında soybağının kurulması için tanıma yeterlidir. Ancak, taşıyıcı annenin evli olması halinde, TMK m. 258/1 hükmü gereğince doğan çocuk, taşıyıcı annenin kocasının soybağına

¹⁰⁵ Ağaoğlu, s. 476.

¹⁰⁶ Zeynep, s. 65; Yasan Tepetaş, s. 1255. Ağaoğlu, s. 476. Tekdoğan Bahçivancı, s. 749. Gönenç, Üreme Teknikleri, s. 71.

bağlanır. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin 26/7/2023 tarihli kararıyla istem sahibi baba genetik bağın varlığını ispat ederek babalık karinesini çürütebilecektir.

Türkiye'de olduğu gibi, dünyada birçok ülke taşıyıcı annelik uygulamasını yasaklamış ve bunu emredici hükümlerle düzenlemiştir. Ancak bu düzenlemeler, insanların başka ülkelerde taşıyıcı annelik yöntemiyle çocuk sahibi olmasının önüne geçememekte, insanlar taşıyıcı anneliğin serbest olduğu ülkelerdeki kliniklere başvurarak çocuk sahibi olmaktadır. Taşıyıcı annelik sözleşmesini yasaklayan ülkeler, çocukların doğduğu ülkelerde düzenlenen nüfus kayıtlarını geçerli saymamakta ve çocuk ile gönüllü ebeveynler arasında soybağı kurulamamaktadır. Bu durum, sınır aşan taşıyıcı annelik sorununun ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Yukarıda izah ettiğimiz nedenlerle, taşıyıcı annelik sözleşmesi hukuka, ahlaka uygun ve tıbbi gereksinimlerden kaynaklanan zorunluluklara çözüm olarak, kanun koyucu tarafından belli kriterlere bağlanarak düzenlenmelidir. Taşıyıcı annelik sözleşmesi düzenlenirken, kanaatimizce sözleşmenin bir tarafı olan istem sahibi çiftin, TMK ve ilgili yasalarda öngörülen hükümlere uygun olarak evli olması gerekmektedir. Ayrıca, çiftlerin doğal yollarla çocuk sahibi olamaması ve taşıyıcı annelik dışındaki yapay üreme yöntemlerini tüketmiş veya denemiş olmaları şarttır. İstem sahibi çiftin mevcut doğal veya yapay üreme yöntemlerini denediği, tıbben doğrulanmalı ve bu durum tıbbi bir raporla desteklenmelidir. Yapay üreme yöntemleri tükendikten ve doktor tarafından onaylandıktan sonra taşıyıcı annelik yöntemine başvurulmasına izin verilmelidir. Geleneksel taşıyıcı annelikten farklı olarak, sadece fedakârlık unsuruna dayanan ve ivaz karşılığı olmayan Gestasyonel Taşıyıcı Annelik yöntemi uygulanmalıdır. Bu yöntemle taşıyıcı anne ile çocuk arasında genetik bağ bulunmamalıdır.

Üreme hakkı temel bir insan hakkıdır. Biyolojik nedenlerle doğal ya da yasalar tarafından kabul gören yöntemlerle çocuk sahibi olamayan çiftlerin, gelişen teknolojiyle birlikte taşıyıcı annelik yöntemleri ile çocuk sahibi olabilmeleri mümkünse, bunun engellenmesi doğru değildir.

Kaynakça

Kitaplar

- Ateş Bilge, Soybağı ve Soybağı Alanında Oluşabilecek Hukuksal Problemler, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016
- Erol Yasemin, Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik, Yetkin Yayınları, 2012.
- Hakeri Hakan, Tıp Hukuku Cilt I – II, Seçkin Yayıncılık, 25. Baskı, Ankara 2022.
- Hatemi Hüseyin, Miras Hukuku, Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, İstanbul 2004.
- Hatemi Hüseyin, Aile Hukuku (Sınava Hazırlık Kitabı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1999.
- Hatemi Hüseyin/ Serozan Rona, Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993.
- Kayaalp Abdullah Emre, Türk Hukukunda Soybağı ve Soybağının Reddi, Yetkin Yayınları, 2023.
- Kırkbeşoğlu Nagehan, Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, Vedat Kitapçılık, 2006.
- Savaş Esra, Tıp Hukukunda Taşıyıcı Annelik, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2019.
- Serozan Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005.
- Turgut Cemile, Yapay Döllenme, Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar, Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Yılmaz Sinan, Dünyadaki Uygulama ve Mevzuatımız Açısından Kiralık Rahim- "Surrogate Motherhood", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 2002.
- Zengin Zeynep Gamze, Özel Hukukta Taşıyıcı Annelik, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.

Makaleler

- Ağaoğlu Cahit, "Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı An-neden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu", *Public and Private International Law Bulletin*, 2020, C. 40, S. 1, s. 437-480.
- Arda Berna/Şahinoğlu Pelin Serap/ Kayı Ayten Çangır, "Yardımcı Üreme Teknikle-rinin (IVF'nin) Getireceği Tıbbi Etik Sorunlar", 1993, *Tıbbi Etik*, C. 1, S. 1, s. 53-58.
- Az Adem/Karaman Muhammet İhsan, "Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ve etik sorunlar: Mümkün olan her şey ahlaki midir?" 2022, *Androloji Bülteni*, C. 24, S.4, s.278- 287.
- Çam, Gülçin, "Taşıyıcı Annelik ve Soybağı İlişkisi", 2013, *T.C. Maltepe Üniversitesi Hu-kuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2, s. 155-171.
- Çelik Nazlı Hilal, "Taşıyıcı Annelikte Çocuğun Soybağı Sorunu", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 2017, C. 9, S. 21, s. 1 - 9.
- Dindar Kübra Nur, "Taşıyıcı Annelik Yoluyla Doğan Çocuğun Soybağına Uygulanacak Hukuk ve Kamu Düzeni Etkisi", *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2020, C. 12, S. 132, s. 13-32.

- Dülger Murat Volkan, "Tıptaki İlerlemelerin Getirisi Olan Uygulamaların Hukuk Açısından Görünümü - Özel Tedavi Yöntemlerinin Sınır Dışı Uygulamalarının İç Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", 2021, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, S. 26, s. 1 - 12.
- Ergüneş, Seda; "Yapay Dölllenme", 2012, İstanbul Barosu Dergisi: Sağlık Hukuku Makaleleri-II, İstanbul Barosu Yayınları, s. 167-178.
- Gölcüklü, İlyas, "Milletlerarası Taşiyıcı Anneliğe İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi", 2021, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, s. 835 - 865.
- Gönenç Fulya İlçin, "Hukuki ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm", 2016, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı*, C. I, C. 22, S. 3, s. 1173-1184
- Gönenç Fulya İlçin, "Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukuki Sorunlar", 2015, 16-17 Ekim 2014 Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu Lefkoşa-Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Ed.: Prof. Dr. Hakan Hakeri, Av. Cahit Doğan, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 63-82.
- Hakeri Hakan, "Taşiyıcı Annelik", 2015, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, 16- 17 Ekim 2014 Lefkoşa-Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Ed.: Prof. Dr. Hakan Hakeri, Av. Cahit Doğan, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 83-92.
- Işık Özcan Funda/Sert Gürkan/Gönenç Funda İlçin, "Türkiye'de Üremeye Yardımcı Teknikler ile İlgili Hukuki Düzenlemelerin Tıp Hukuku Açısından İncelenmesi", 2017, *Türkiye Klinikleri J Med Ethics Law History-Special Topics*, C. 3, S. 3, s. 145-149.
- İltaş Yiğit, "Taşiyıcı Annelik ve Soybağı Meselesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 16, S. 201-202, s. 1013-1054.
- Kavlak Oya/Amanak Keziban, "Etik Boyutu Tartışılan Yardımcı Üreme Teknikleri ve Yasal Düzenlemeler" 2013, *Ege Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 1, s. 68-75.
- Keser Leyla, "Ödünç Annelik Sözleşmesi (Der Leihmutterchaftsvertrag)" 1997, *Argumentum Aylık Hukuk Dergisi*, C. 7, S. 52, s. 306-314.
- Keskin Dilşad, "Bölünmüş Annelik ve Ana Yönünden Soybağının Reddi", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C. 5, S. 1-2, s. 1989-2016.
- Kılıçoğlu Yılmaz Kumru, "Yapay Döllenmede Soybağı Sorunu", 2015, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 104, s. 43-47.
- Kuş Özgür, Özbek Güven, Gamze, 2021, "Üreme Turizmi ile Yaygınlaşan Taşiyıcı Annelik Üzerine Etik Bir Değerlendirme", *Türkiye Biyoetik Dergisi*, C. 8, S. 2, s. 126-133.
- Maçin, Hasan; "Taşiyıcı Anneliğin Fıkhi ve Etik İmkânı Üzerine Bir Deneme", 2020, *İslam İlimleri Araştırmaları Dergisi*, S. 7, s. 53 - 70.
- Metin, Sevtap; "Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşiyıcı Annelik" 2012, İstanbul Barosu Dergisi: Sağlık Hukuku Makaleleri-II İstanbul Barosu Yayınları, s. 7-55.
- Nomer Haluk Nami, "Sunı Dölllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri", M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 545-594.

- Özcan Hande, "Çocuğun Soybağının Kurulması ve Yardımcı Üreme Teknikleri Sonucu Soybağının Tespiti", 2015, *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 5, s. 95-113
- Sümer Fatma, "Anayasal Haklar Bağlamında Taşıyıcı Annelik Sözleşmeleri", 2015, 7. Uluslararası Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi Bildiriler Kitabı.
- Şensöz Malkoç Ebru, "Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk", *Public and Private International Law Bulletin*, C. 35, S. 2, s. 13-49.
- Şensöz Malkoç, Ebru; "Milletlerarası Özel Hukukta Boşluk: Taşıyıcı Annelik", *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, S. 25. s. 1 - 6.
- Şimşek Ayşe, "Yapay Döllenme Tekniği Olarak Taşıyıcı Annelik: Hukukî ve Biyoetik Açıdan Değerlendirilmesi", 2014, *Journal of Intercultural and Religious Studies*, S. 12; C. 6, s. 27 - 60.
- Şimşek Ayşe, "İslam Hukuku Açısından Taşıyıcı Annelikte Meşruiyet Tartışmaları", 2014, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 24, s. 241 - 266.
- Tekdoğan Bahçivancı Işıl S., "Taşıyıcı Anneliğin Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme", 2019, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu Türkiye Barolar Birliği, C. 1, s. 747-778.
- Turan, Ramazan: "Soybağının Reddi Davası ve Yapay Döllenme, Tüp Bebek ve Taşıyıcı Annelik Hâllerinde Soybağının Belirlenmesi ve Reddi", 2020, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 168, s. 1651-1662.
- Turgut Cemile/Işık Göksu, "Türk Medeni Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında Taşıyıcı Annelik", 2018, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 7, s. 221-240.
- Tüzün Arpacıoğlu, Işıl, "Yapay Döllenmenin Soybağına Etkileri", 2013, *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, C. 5, S. 1, s. 11-20.
- Ungan Çalıışkan Hazal, "Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış", *Marmara Üniversitesi Hukuk Dergisi*, 2016, C. 22, S. 1, s. 489-509.
- Ürem Müge, "Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar", 2012, *İstanbul Barosu Dergisi: Sağlık Hukuku Makaleleri II İstanbul Barosu Yayınları*, s. 79-102.
- Yasan Tepetaş Candan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararlarının Türk Kamu Düzeni Bakımından Anlamı", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 14, S. 177-178, s. 1219-1262.

İnternet Kaynakları

- Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu: <https://kurul.diyaret.gov.tr/>
- Dünya Sağlık Örgütü Kısırlık Oranı: [https://lifesciencesintelligence.com/news/who-report-finds-that-17.5-of-people-experiencedinfertility#:~: text=Data%20suggested%20that%20the%20global,is%20slightly%20lower%20at%2012.6%25.](https://lifesciencesintelligence.com/news/who-report-finds-that-17.5-of-people-experiencedinfertility#:~:text=Data%20suggested%20that%20the%20global,is%20slightly%20lower%20at%2012.6%25.)
- Hakeri Hakan, Taşıyıcı Annelik Kurumuna Müsaade Edilerek Düzenlenmesine İlişkin Düşünceler, Aristo Yayınevi, 2020, <https://hukukegitim.com/kitap.aspx?id=1017>

Labassee - Fransaya Karşı - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: [https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001145179#{%22fulltext%22:\[%22Labassee%22\],%22itemid%22:\[%22001-110099%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001145179#{%22fulltext%22:[%22Labassee%22],%22itemid%22:[%22001-110099%22]})

Menesson - Fransaya Karşı - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: [https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001145179#{%22fulltext%22:\[%22menesson%22\],%22itemid%22:\[%22001-153369%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001145179#{%22fulltext%22:[%22menesson%22],%22itemid%22:[%22001-153369%22]})

Şıpka Şükran, Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar, <http://www.turkhu-kuksitesi.com/>

Yurdakul Cem, Yapay Döllenme https://www.academia.edu/35738125/YAPAY_D%C3%96LLENME

MURİS MUVAZAASI DAVALARINDA 5403 SAYILI KANUN'UN UYGULANMASI SORUNU*

THE PROBLEM OF THE APPLICATION OF THE LAW NUMBERED 5403 IN SIMULATION OF SUCCESSOR CASES

Ayşe ARAT**
Bekir AKINCI***

Özet: Tarım arazilerinin korunması, her zaman tarım üretiminin sürdürülebilirliğini sağlamak bakımından önemli bir konu olmuştur. Bununla birlikte hızlı şehirleşme, nüfus artışı gibi sosyal ve ekonomik gelişmeler, tarım arazilerinin korunmasına yönelik politikaların, daha aktif ve zorlayıcı şekilde oluşturulmasını gerekli kılmıştır. Ülkemizde konuya ilişkin çeşitli kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden biri 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'dur. 5403 sayılı Kanun ile tarım arazilerinin ve özellikle mirasa konu tarım arazilerinin devri konusunda önemli düzenlemeler getirilmiş, bu tür arazilerde küçülmeye yol açabilecek işlemler Bakanlığın iznine tabi tutulurken, mirasa konu tarım arazileri bakımından Medeni Kanun'un konuya ilişkin hükümleri (TMK. m. 659-668) yürürlükten kaldırılmıştır.

Tarım arazileri ülkemizde muris muvazaasına konu olan taşınmazların başında gelmektedir. Muvazaalı işlem, miras hukukunda muris muvazaası şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Nisbi muvazaanın özel bir şeklini teşkil eden muris muvazaasının unsurları, gizli işlem, görünürdeki işlem ve tarafların bu yöndeki anlaşmalarının yanı sıra mirasçılardan mal kaçırma amacıdır. Muris muvazaasına ilişkin uygulama, hukukumuzda temel olarak 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı İBK ile şekillenmiştir. Genellikle taraflar bir taşınmazı konu alan bağış sözleşmesini gizlemek için görünürde satış veya ölüncüye kadar bakma sözleşmesi yapmaktadırlar. Bu durumda görünürdeki işlem gerçek

* Bu makale, 11.05.2024 tarihinde Konya Barosu ve Medeni Hukukçular Derneği tarafından Konya'da düzenlenen Tarım Hukuku Sempozyumu'nda sunulan bildirinin geliştirilmesi ile hazırlanmıştır.

** Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, aysearat@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8261-4302

*** Av. Dr., av.bekirakinci@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-8748-3708, Makalenin Gönderim Tarihi: 08.07.2024, Kabul Tarihi: 02.09.2024

iradeleri yansıtmadığı, gizli işlem de taşınmazın bağışlanmasına ilişkin şekil şartına uyulmadığı için geçersiz olmakta ve böylece muvazaalı işleme konu tarım arazisi mirasçılar arasında paylara bölünür hale gelmektedir.

Uygulamada tarım arazisinin konu olduğu muris muvazaası değerlendirilirken, 5403 sayılı Kanun'un getirdiği düzenlemeler dikkate alınmadan kararlar verildiği görülmektedir. Bu durum, kanunun getirdiği düzenlemelerin mahkemeler aracılığıyla dolanılmasına yol açmaktadır. Emredici hükümler getiren bu Kanun'un, muris muvazaası iddialarının değerlendirilmesinde mahkemelerce göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu çerçevede 5403 sayılı Kanun'un muris muvazaasında nasıl ve ne zaman dikkate alınmasının amaca uygun olacağı ve çözüm önerilerimiz, çalışmamızın konusunu teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Muris Muvazaası, Tarım Arazilerinin Bölünmesi, 5403 sayılı Kanun, 6537 sayılı Kanun, Bölünemez Eşya, Tarım Reformu

Abstract: The protection of agricultural lands has always been an important issue in terms of ensuring the sustainability of agricultural production. However, social and economic developments such as rapid urbanisation and population growth have made it necessary to formulate policies for the protection of agricultural lands in a more active and compelling manner. In our country, various legal regulations have been made on this subject. One of them is the Law of Soil Conservation and Land Use No. 5403. With the Law No. 5403, important regulations have been introduced on the transfer of agricultural lands and in particular agricultural lands subject to inheritance; transactions that may lead to such lands being size-reduced are subject to the permission of the Ministry, while the relevant provisions of the Civil Code (Art. 659-668) regarding agricultural lands subject to inheritance have been repealed.

Agricultural lands are one of the primary immovable properties subject to the simulation of testator in our country. In inheritance law, the collusive transaction appears in the form of the successor's simulation. The elements of the collusion of the successor, which constitutes a special form of relative simulation, consist of the hidden transaction, the apparent transaction and the agreement of the parties in this regard, as well as the purpose of evading property from the heirs. The practice regarding the simulation of the successor has been formalised in our law with the decision of the General Assembly on The Unification of Judgments dated 01.04.1974 and numbered 1/2. In general, in order to conceal an agreement of donation regarding an immovable property, the parties make an apparent sales transaction or a contract of caring until death. In this case, the apparent transaction is invalid because it does not reflect the real will of the parties, and the hidden transaction is also invalid because the official form requirement for the donation of the immovable is not complied with. In this way, following the cancellation of

both transactions by the Court, the agricultural land subject to the collusive transaction is divided into shares among the heirs.

In practice, it is observed that in the evaluation of successor simulation involving agricultural land, some decisions are made without taking into consideration the Law introduced by No. 5403. This results in the bypassing of the legal provisions through the courts. It is required that this legislation, which introduces mandatory provisions, should be taken into consideration by the courts in the judgement of the allegations of collusion of succession. In this framework, our study will focus on how and when the Law No. 5403 should be taken into consideration in the case of the successor's simulation as well as our suggestions for solutions.

Keywords: Simulation of Successor, Division of Agricultural Lands, Law No. 5403, Law No. 6537, Indivisible Property, Agricultural Reform

GİRİŞ

Tarım arazilerinin korunması, ülkenin geleceğine yönelik bir konudur. Bu tür arazileri koruyacak politikalar oluşturulması ve bunların uygulanması büyük önem taşımaktadır. Tarım arazileri konusundaki başlıca sorunlar, bu arazilerin tarım dışı kullanılması ve verimli tarım yapılamayacak kadar küçülmesidir. Bu sorunların her biri sosyal ve ekonomik olarak ayrı bir tartışma konusu olmakla birlikte, hukuken tarım topraklarının korunması için çeşitli tedbirler alınmaktadır. Bu çerçevede tarım topraklarını koruyabilmenin ve sürekliliği sağlayabilmenin bir yolu toplulaştırma ile verimli miktarda kullanılacak araziler üretmek, diğer bir yol ise bölünmenin önüne geçmektir.

Hukukumuzda tarım arazilerinin korunmasını sağlamak amacıyla hazırlanan 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu (TKAKK), 2005 yılında yürürlüğe girmiştir.¹ Bu kanunda önce 2007 yılında 5578 sayılı Kanun² ile ardından 2014 yılında 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun³ ile önemli değişiklikler yapılmıştır. Kanun, daha sonra 2018 yılında 7139 sayılı Kanun⁴ ile 2020 yılında 7255 sayılı Kanun⁵ ile ve son

¹ RG. 19.07.2005, S. 25880.

² RG. 09.02.2007, S. 26429.

³ RG. 15.05.2014, S. 29001.

⁴ RG. 28.04.2018, S. 30405.

⁵ RG. 04.11.2020, S. 31294.

olarak 2023 yılında 7442 sayılı Kanun⁶ ile çeşitli değişikliklere uğramıştır. Ayrıca Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik de yayınlanmıştır.⁷ Konunun önemi ve hassasiyeti, özellikle toplumsal ve ekonomik sebepler bu değişikliklerin yapılmasını gerekli kılmış, ancak bu değişikliklerden bazıları çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır.

Tüm bu değişikliklerden sonra 5403 sayılı Kanun'un amacı; "toprağın korunması, geliştirilmesi, tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerinin önlenmesi, tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerin çevre öncelikli sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak planlı kullanımını sağlayacak usul ve esasları belirlemek" şeklinde ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, tarım arazilerini sınıflandırarak asgari büyüklükleri belirlemeyi ve bunların bölünmesinin önüne geçmeyi hedeflemektedir.⁸ Tarımın, toprağın, üretimin öneminin yeniden fark edildiği günümüzde, bu amaca uygun hareket etmenin ülkemiz için ne kadar hayati olduğu tartışmasızdır.

5403 sayılı Kanun, tarımsal araziler ve özellikle mirasa konu tarımsal arazilerin devri konusunda düzenlemeler getirmektedir. Buna göre tarım arazilerinde küçülmeye yol açabilecek işlemler Bakanlığın iznine tabi tutulurken, mirasa konu tarımsal araziler bakımından Medeni Kanun'un konuya ilişkin düzenlemelerini değiştiren hükümler ihdas edilmiştir. Bunlardan mirasa konu tarımsal arazilerin bölünmesi hususu çalışmamız bakımından önemlidir. Konuya ilişkin hükümlerde mirasçıların, miras açıldıktan sonra 1 yıl içerisinde kendi aralarında anlaşarak mirasa konu tarımsal arazilerinin devrini gerçekleştirmeleri (TKAKK m. 8/B), bu süre içinde devir işlemleri yapılmazsa, Bakanlığın devir için Sulh Hukuk Mahkemesi'nde dava açabileceği düzenlenmiştir (TKAKK m. 8/Ç).

⁶ RG. 05.04.2023, S. 32154.

⁷ RG. 31.12.2014, S. 29222. Bu Yönetmelik'te 2021 yılında (RG. 08.12.2021, S. 31683) değişiklik yapılmıştır.

⁸ Fikret Eren/Veyssel Başpınar, Toprak Hukuku, Güncellenmiş ve genişletilmiş 5. Baskı, Savaş, Ankara 2017, s. 162; Fikret Eren/İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku, Yetkin, Ankara 2019, s. 643; Cevdet Yavuz/Murat Topuz, "Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Cilt 21, Sayı 2, s. 667.

5403 sayılı Kanun'un getirdiği düzenlemeler emredici niteliktedir. Bu sebeple tarafların aksi yönde sözleşmeler yapması mümkün olmadığı gibi 5403 sayılı Kanun'un mahkemeler tarafından da re'sen göz önünde tutulması gerekir. Ancak mahkemelerin önlerine gelen ihtilafalarda, muris muvazaası iddialarının değerlendirilmesinde ve uygulanmasında bu Kanun'u göz ardı ettikleri görülmektedir. Çalışmada 5403 sayılı Kanun'un muris muvazaasında nasıl ve ne zaman dikkate alınmasının kanunun amacına uygun olacağı konusu değerlendirilmiştir.

I. 5403 SAYILI KANUN VE MURİS MUVAZAASI

5403 sayılı Kanun ile miras hukukumuzdaki paylaşma serbestisi ilkesine sınırlama getirilmiştir. Mirasçılar terekedeki diğer malları diledikleri gibi paylaşabilirken, tarım arazileri için 5403 sayılı Kanun getirdiği yollardan birini tercih etmeleri gerekmektedir. Ancak uygulamada 5403 sayılı Kanun'un temel amacı olan tarım arazilerinin bölünmesini önleme düşüncesinin muris muvazaası iddiası ile bertaraf edildiği görülmektedir. Zira muris muvazaası iddiasının mahkemece haklı görülmesi, tarım arazisinin mirasçılar adına kısmi tesciline imkân verebilmektedir. Oysa 5403 sayılı Kanun buna izin vermemektedir. Öte yandan ehil mirasçı niteliklerini taşıyan mirasçıya yapılan bir sağlararası kazandırmanın, daha sonra muris muvazaası iddiası ile bertaraf edilebilmesi mümkündür ve bu durum da 5403 sayılı Kanun'un amacına uygun görünmemektedir.

Konunun incelenip, sorunun ortaya konulabilmesi öncelikle 5403 sayılı Kanun'un ana hatlarının değerlendirilmesi ve muris muvazaası ile ilgili genel bilgiler verilmesini gerektirmektedir. Zira Kanun'un amacı ve getirdiği hükümler değerlendirilmeden, mirasın paylaşılmasında ve muris muvazaası iddiasında 5403 sayılı Kanun'un nasıl uygulanması gerektiği anlaşılamayacaktır. Sorunun tespiti ve çözüm önerileri için önce 5403 sayılı Kanun'un tarım arazilerinin miras yoluyla bölünmesine ilişkin hükümleri ve muris muvazaası konusundaki Yargıtay uygulaması, ana hatlarıyla incelenmiştir.

A. Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Bölünmesinde 5403 Sayılı Kanun'un Uygulanması

Medeni Kanunumuzun tarımsal taşınmazların mirasçılara özgülenmesine yönelik hükümleri (TMK m. 659-668), 6537 sayılı Kanun'la

yürürlükten kaldırılmıştır.⁹ (6537 sayılı K. m. 9). Bu konu artık 5403 sayılı Kanun hükümleriyle düzenlenmektedir. Buna göre mirasa konu tarım arazilerinde esas olan mülkiyetin devridir (TKAKK m. 8/B-1). Mülkiyetin devri, genel miras hukuku kurallarından ayrı olarak tarım arazilerinin mirasçılar arasında paylaşılmayarak, mirasçılardan birine veya bazı şartlarda birkaçına, aile malları ortaklığına, limited şirket ya da üçüncü kişiye devrini sağlamaya yönelik bir sistemdir.¹⁰ Böylece terekede yer alan diğer mallardan farklı olarak, istisnai nitelikte bir düzenlemeye tabi tutulan tarım arazileri bakımından, mirasçılarının istedikleri biçimde ve sürede paylaşma hakları sınırlanmıştır.¹¹

5403 sayılı Kanun, tarımsal arazi büyüklükleri bakımından iki tanımlama yapmıştır. Bunlardan ilki asgari tarımsal arazi büyüklüğü, diğeri yeter gelirlili tarımsal arazi büyüklüğüdür. Asgari tarımsal arazi büyüklüğü, bir çiftçi ailenin üretim faaliyeti ve girdileri rasyonel olarak kullandığı takdirde, geçinebileceği verimliliği sağlayacak büyüklüktür (TKAKK m. 3/h). Bu büyüklüğü belirleme ve gerekirse artırma yetkisi, bölge ve yörelerin toplumsal, ekonomik, ekolojik ve teknik özelliklerini göz önünde tutmak üzere Tarım ve Orman Bakanlığı'na verilmiştir (TKAKK m. 8/II). Buna göre asgari tarımsal arazi büyüklü-

⁹ Yürürlükten kaldırılan bu hükümler de tarımsal işletmeler bakımından mirasçılarının terekedeki tüm mallar üzerinde eşit hakka sahip olduğu kuralının (TMK. m. 649/1) istisnasını teşkil ediyordu ve bu istisnanın nedenleri Saymen tarafından şöyle ifade edilmiştir: "Böyle bir istisnanın kabulünden maksat, toprağın borçlanmasına mâni olmak, zerredilecek toprağı işletmeğe en ziyade ehil olan kimseye tahsis etmek ve bilhassa bir bütün teşkil eden zirai malları mirasçılar arasında dağıtıp "cüce çiftlikler" in meydana gelmesine mâni olmaktadır... millî bir gelir kaynağı olan ve memleketimizin en mühim bir servet şeklini teşkil eden bu zirai mallar gayet ufak parçalara bölünecek ve bunlardan eskisi gibi istifade olunamayacaktır; yâni hem millî iktisat zarar görecektir ve hem de bu parçalanma yüzünden bunlara sahip olanlar kâfi derecede faydalanamayacaklardır." (Ferit Saymen, "Zirai Miras Hukuku", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 4, S. 4 (1944), s. 356; aynı yönde Yavuz/Topuz, 671). Yavuz/Topuz ayrıca, değişikliklerle birlikte Türk Medenî Kanunu'nun m. 659 vd. hükümlerinin yürürlükten kaldırılmasını eleştirmiş, 5403 sayılı Kanun'un ortaya çıkan sorunları çözmekte yetersiz kaldığını ve TMK'daki miras hukukuna ilişkin bu hükümlerinin yürürlükten kaldırılmış olmasının daha büyük sorunları ve boşlukları beraberinde getireceğini ifade etmiştir (Yavuz/Topuz, s. 669).

¹⁰ Osman Levent Özey, *Tarımsal İşletmelerin ve Arazilerin Miras Yoluyla İntikali*, Yetkin, Ankara 2015, s. 150.

¹¹ Özey, s. 150; Eren/Yücer Aktürk, s. 645; Yavuz/Topuz, s. 687.

ğü, “mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük” olamayacaktır (TKAKK m. 8). Bu asgari büyüklüğe erişen tarım arazileri, bölünemez eşya niteliği kazanmakta¹² ve ifrazına, hisselendirilmesine, pay ve paydaş adedinin artırılmasına izin verilmemektedir (TKAKK m. 8/II-III). Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü ise bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak kanuna ekli listede belirlenen büyüklüklerdir (TKAKK m.3/h). Bu büyüklüğün altında ifraz ve bölünme yapılamamaktadır. Yeter gelirli tarımsal arazilerin, bu niteliğine ilişkin olarak, Bakanlığın bildirimine üzerine tapu müdürlüklerince, arazinin tapu kütüğündeki sayfasına şerh¹³ konulmaktadır (TKAKK m. 8/A). Görüldüğü üzere asgari tarımsal arazi büyüklüğü, ülke genelindeki alt sınırı, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü ise daha dar çerçeveli, bölgesel farklılıkları dikkate alarak, il ve ilçeler için ayrı ayrı belirlenmiş büyükleri ifade etmektedir.¹⁴ O halde yeter gelirli tarımsal arazi, asgari tarımsal arazi büyüklüğünden küçük olamamaktadır. Bununla birlikte bu iki büyüklüğün eşit veya yeter gelirli tarımsal arazinin, asgari tarımsal araziden büyük olarak belirlenebilmesi mümkündür.¹⁵ Örneğin dikili araziler için asgari tarımsal arazi büyüklüğü 0,5 hektar iken, Kanun’a ekli (1) sayılı liste çerçevesinde tüm il ve ilçeler için dikili arazi büyüklüğü 10 dekadır ve ülkemizde dikili bir arazinin bu büyüklüğün altında parsellere bölünebilmesi söz konusu değildir.¹⁶

Mirasçılar, terekedeki tarım arazileri konusunda aralarında anlaşırken, Kanun’un belirlediği bu büyüklüklere riayet etmek zorundadırlar. Örneğin 10 dönümlük bir tarlayı diledikleri gibi bölebilme (tapuda ifraz ettirme ya da elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete dönüştürme)

¹² Eren/Başpınar, s. 162; Yavuz/Topuz, s. 668.

¹³ Kanunda şerh konulacağı ifade edilmesine rağmen, yönetmelikte beyanlar hanesine şerh konulmasından söz edilmiştir. Doktrinde bu ifadeyi beyan olarak anlamak gerektiği belirtilmektedir. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, güncellenmiş ve eklemeler yapılmış 23. Bası, Filiz, İstanbul 2021, N. N. 945; Ş. Barış Özçelik, “5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XIX, Y. 2015, S. 1, s. 91.

¹⁴ Özçelik, s. 90; Yavuz/Topuz, s. 665.

¹⁵ Özçelik, s. 90.

¹⁶ Eren/Başpınar, s. 173; Özçelik, s. 90.

imkanları bulunmamaktadır. Mirasçılarının öncelikle buldukları yerin il-ilçe tarım müdürlüklerine giderek, bölge için geçerli, yeter gelirli büyüklüğü öğrenmeleri gerekmektedir. Bir başka deyişle Kanun'a ekli (1) sayılı liste kapsamında arazinin bulunduğu il/ilçeye göre sınırlara bakılmalı ve arazinin, anılan bu sınırların altında olup olmadığına göre devrin ne şekilde gerçekleştirileceği tespit edilmelidir. Bundan sonra eğer, yeter gelirli büyüklüğün altında kalmadan paylaşım mümkünse, paylaşma bu şekilde yapılmalıdır. Nitekim Kanun, terekedeki tarım arazisinin yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünü karşılaması halinde birden fazla mirasçıya devre izin vermiştir (TKAKK m.8/C). Bunun anlamı, yeter gelirin en az iki katı büyüklükte tarım arazisinin bir mirasçıya geçtikten sonra, diğerine de en az aynı büyüklükte tarım arazisinin devrinin mümkün olmasıdır.¹⁷ Ancak terekedeki tarım arazisi, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünde değilse, bu durumda tarım arazisinin büyüklüğü ile ilgili sınırlama şartı aranmaksızın mirasçılardan birine devir yapılabilmektedir.¹⁸

Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün altına inmeden paylaşma yapılamıyorsa Kanun, mirasçılara birtakım imkanlar sunmuştur. Bu imkanlar kısaca, tarafların anlaşmasıyla bir ya da birden fazla mirasçıya taşınmazların devrinin yapılması; mirasçılar arasında limited şirket kurulması, mirasçılar arasında aile malları ortaklığı kurulması ve yine mirasçılar arasında kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulmasıdır. Bir başka seçenek ise asgari büyüklük ve yeter gelir sınırına riayet ederek, tarım arazisinin üçüncü kişilere devridir (TKAKK m.8/C). Bunlar mirasçılarının iradi olarak gerçekleştirebilecekleri usullerdir. Aralarında anlaşma sağlayamazlarsa mirasçılardan her biri yetkili sulh hukuk mahkemesinde dava açabilmektedir (TKAKK m. 8/C/II). Bu durumda sulh mahkemesi, tarımsal arazi veya yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin, tarımsal gelir değeri üzerinden ehil mirasçıya, birden çok ehil mirasçı varsa asgari geçimini bu yeter gelirli araziden sağlayan mirasçıya, o da bulunmuyorsa en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine karar verebilmektedir (TKAKK m. 8/C-II, a). Bir başka ihtimal birden fazla ehil mirasçı bulunması ve bunların miras dışı tarımsal arazilere sahip olmasıdır. Bu durumda mevcut arazilerin

¹⁷ Özay, s. 169; Yavuz/Topuz, s. 682.

¹⁸ Özay, s. 168.

yeterli büyüklüğe ulaştırılması veya ekonomik olarak işletilebilmesinin sağlanması için mahkeme, terekedeki tarım arazilerinin yeter gelir büyüklüğünü aramaksızın arazi sahibi olan mirasçılara devri yönünde karar verebilmektedir (TKAKK m. 8/C-II, b). Diğer bir ihtimal ise tarım arazisinin kendine devrini talep eden bir mirasçı bulunmamasıdır. Bu durumda hâkim, tarımsal arazinin satışına karar vererek, satış bedelini mirasçılar arasında payları oranında paylaşırabilmektedir (TKAKK m. 8/C-II, c). Terekedeki tarım arazisi, birden çok yeter gelirli tarımsal araziye bölünebiliyorsa mahkeme, sayılan hususları göz önünde bulundurarak mirasçılara ayrı ayrı devrine de karar verebilmektedir. (TKAKK m. 8/C-III).

Tarımsal işletmenin ana unsurunu oluşturan tarım arazilerinin¹⁹ bir bütün olarak mirasçılardan birine devri, diğer mirasçılar açısından taşınmazdaki miras paylarına yönelik bir alacak hakkı doğurur. Kendisine devir yapılan mirasçının, diğer mirasçılara tarım arazisi olan taşınmazın bedelini kural olarak öz kaynaklarından peşin şekilde ödemesi gerekir. Öz kaynak yeterli değilse kredi kullanılabilir ve Bakanlık bu krediye faiz desteği sağlayabilmektedir (TKAKK 8/D). Bunun yanında diğer mirasçılardan paylarının nasıl ödeneceği Yönetmeliğin 12. maddesinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Ayrıca tarım arazisi devredilen mirasçıyla diğer mirasçılar arasında denge sağlamak için devirden itibaren 20 yıl içinde, arazinin tamamen veya kısmen tarım dışı kullanımı sebebiyle değer artışı meydana gelirse bundan diğer mirasçılardan yararlanması da sağlanmıştır. Tarım arazisinin değeri, tarım dışı kullanım izni verilen tarihe göre yeniden hesaplanarak, önceki değerle yeni değer arasındaki farkın, mülkiyeti devralan mirasçı tarafından diğer mirasçılara payları oranında ödeneceği düzenlenmiştir (TKAKK m. 8/C-IV). Ancak belirtilmelidir ki 5430 sayılı Kanun ile tarım arazisinin bir bütün olarak tek mirasçıya devri, diğer mirasçılardan tarım arazisi dışında kalan mirası paylaşmaları konusundaki miras hukuku ilkelerini ortadan kaldırmamakta, tarım arazisi konusunda

¹⁹ Tarım arazisinin yanında tarımsal faaliyeti yürütmeye yönelik araç gereç ve hayvanların da devri istenebilir. Zira bunlar da tarımsal işletmenin birer parçasıdır. Nitekim TKAKK m.8/E/1 "Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyeti kendisine devredilen kişi, bu araziler için zorunlu olan araç, gereç ve hayvanların mülkiyetinin gerçek değerleri üzerinden kendisine devredilmesini isteyebilir." Hükmü ile bu hususu düzenlemiştir.

sınırlandırma getirerek miras paylarını aynen değil, taşınmazın ekonomik değeri çerçevesinde para olarak almalarına izin vermektedir.²⁰

Miras açıldıktan sonra bir yıllık²¹ süre içinde bu çözümlerden hiçbiri sağlanamazsa, Bakanlık 5403 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması için mirasçılara üç ay süre vermektedir. Bu süre sonunda devir gerçekleşmezse, Bakanlık re'sen veya bildirimle terekedeki tarım arazisinin talepte bulunan ehil mirasçıya, ehil mirasçı bulunmaması durumunda en fazla teklifi veren istekli mirasçıya devrini, aksi halde üçüncü kişiye satışını sağlamak amacıyla Sulh Hukuk Mahkemesi'nde dava açabilmektedir (TKAKK m. 8/Ç). Ancak uygulamada bu davaların açılmadığı görülmektedir.

Kanunda söz edilen ehil mirasçı kavramı ise yine kanunun amacına uygun olarak tarım arazisinde tarım yapılmasını sürdürebilecek veya sağlayabilecek mirasçıyı seçebilmek, devri ona yapmak suretiyle tarımda sürekliliği sağlamak için oluşturulmuştur.²² Bu çerçevede ehil mirasçıya ilişkin nitelikler, Bakanlığın çıkardığı Yönetmelikle²³ belirlenmiştir. Yönetmeliğe göre ehil mirasçı, "*Kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutulmak suretiyle bu Yönetmelik hükümlerince belirlenen kriterlere uygun sulh hukuk mahkemesi tarafından belirlenen mirasçı veya mirasçılar*" (Yönetmelik m. 4) ifade eder. Ehil mirasçının belirlenmesinde kullanılacak ölçütler, Yönetmeliğin 10. maddesinde belirtilmiş ve bu ölçütler göz önünde bulundurularak yapılan hesaplama ile elli puan ve üzerine çıkan mirasçılar ehil mirasçı kabul edilmiştir.²⁴

²⁰ Eren/Başpınar, 185; Süleyman Yılmaz, Medeni Hukuk Cilt-IV Miras Hukuku, genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin 2024, s. 405; Yavuz/Topuz, 687.

²¹ Bu sürenin terekenin tamamının belirlenmesinde yeterli olamayabileceği, borçların tespiti, ölüme bağlı tasarruflara veya tenkis ilişkin davalar sebebiyle ve hatta mirasçıların aile malları ortaklığı veya limited şirket kurmak istemeleri halinde bile aşılabilirdiği doktrinde belirtilmektedir. Özay, 167. Yazar, komisyon tutanaklarında da aynı hususun tartışıldığını belirtmiştir. Özay, 167, dpn. 48. Kanunda sürenin uzama ihtimaline ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır ve bunun hâkim tarafından arazinin yönetiminin tedbiren mirasçılardan birine veya üçüncü kişiye verilmek suretiyle aşılabilirdiği yönündeki değerlendirme için bkz. Özay, 168.

²² Eren/Başpınar, 162

²³ Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik, RG. 31.12.2014, S. 29222.

²⁴ Ehil mirasçıya ait kriterler

Madde 10 - (1) Ehil mirasçının belirlenmesinde aşağıdaki kıstaslar dikkate alın-

Terekede yer alan bir tarım arazisinin mülkiyetinin bu şartlar dışında elbirliği (iştirak halinde) mülkiyetinden paylı mülkiyete çevrilmesi artık mümkün değildir. Bir başka deyişle 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazilerin Kullanımı Hakkındaki Kanun'da değişiklik yapan 6537 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte tarım arazilerinin miras yolu ile bölünmesi, paylara ayrılması imkânı ortadan kalkmıştır.²⁵ Bu durum genel olarak tüm tarım arazileri bakımından 5403 sayılı Kanun m. 8/III, ikinci cümlede *"Tarım arazileri Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemez, hisselendirilemez, Hazine taşınmazlarının satış işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adedi artırılamaz"* ve 8/B-III'te *"Tarım arazilerinde; ifraz, hisselendirme, pay temliki, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi, elbirliği mülkiyetinin devri, paylı mülkiyet olarak intikal, taksim ve vasıf değişikliği işlemleri Bakanlığın izni ile yapılır"* düzenlemeleri ile de ortaya konulmuştur.

Görüldüğü üzere 5403 sayılı Kanun ile tarım arazilerinin ve özellikle mirasa konu tarım arazilerinin miras yolu ile bölünmesi, paylara ayrılması yasaklanmıştır. Bu arazilerin mülkiyetinin, geçimini tarımdan kazanan ailelerde kalması ve bu surette ülke çapında ekilen tarım arazilerinin sayısının azamiye çıkarılması ile tarım topraklarımızın sürekliliği sağlanmasının sağlanması amaçlanmıştır. Ancak bu konu-

rak yapılan hesaplama sonucunda elli puan ve yukarısına sahip olan mirasçı veya mirasçılar ehil mirasçı olarak kabul edilir. Mirasçılardan;

- a) Geçimini mirasa konu tarım arazilerinden sağlayanlara yirmi puan,
- b) Tarım dışı geliri bulunmayanlara on puan,
- c) Eşi fiilen tarımsal faaliyette bulunanlara on puan,
- ç) Tarımsal arazileri işleyebilecek mesleki bilgi ve beceriye sahip olanlara on puan,
- d) Mirasa konu arazilerin bulunduğu ilçe sınırları içinde (Değişik ibare: RG-8/12/2021-31683) beş yıla kadar ikamet edenlere beş puan, (Değişik ibare: RG-8/12/2021-31683) beş yıl ve daha uzun süre ikamet edenlere on puan,
- e) Herhangi bir sosyal güvencesi olmayanlara on puan,
- f) Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) kapsamında tarım sigortası olanlara beş puan,
- g) Bakanlığın mevcut kayıt sistemlerine kayıtlılık süreleri (Değişik ibare: RG-8/12/2021-31683) beş yıla kadar olanlara beş puan, (Değişik ibare: RG-8/12/2021-31683) beş yıl ve daha uzun süre olanlara on puan,
- ğ) Tarımsal örgütlere kayıtlılık süreleri (Değişik ibare:RG-8/12/2021-31683) beş yıla kadar olanlara iki puan, (Değişik ibare:RG-8/12/2021-31683) beş yıl ve daha uzun süre olanlara beş puan,
- h) Tarım alet ve donanımlarına sahip olanlara beş puan,
- ı) Kadın olanlara beş puan verilir.

daki özel hükümlerin uygulanması konusunda bazı sorunların ortaya çıktığı görülmektedir.²⁶ Bu sorunlardan biri de tarım arazilerine yönelik muris muvazaası iddialarından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple muris muvazaası konusunda genel bilgiler verilmesi, sorunun ortaya konulmasını kolaylaştıracaktır.

B. Muris Muvazaası

Borçlar Kanunumuz, bir sözleşmenin yorumlanmasında tarafların gerçek ve ortak iradelerini esas almaktadır (TBK m. 19). Ancak taraflar bazen gerçek ve ortak iradelerini gizleyerek sözleşme yapabilirler. Tarafların aslında istemedikleri bir sözleşmeyi, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapmaları ile muvazaalı bir işlem ortaya çıkar. Bu durum 07.10.1952 tarih ve 8/7 sayılı YİBK'da "*açıkladıkları beyanın gerçek maksatlarına uymadığını bildikleri halde, âkitlerin kastettikleri durumdan başka bir hukuki ilişkide kendilerini anlaşılmış gibi gösterme hali*" şeklinde ifade edilmiştir. Kararda belirtildiği üzere muvazaa, tarafların iradeleri ile beyanları arasında bilerek bir uygunsuzluk meydana getirerek yaptıkları sözleşmenin ya hiç sonuç doğurmaması ya da yaptıklarından başka bir sözleşme gibi görünmesi konusunda anlaşmalarıdır²⁷. Muvazaa genel olarak mutlak muvazaa veya nispi muvazaa olarak karşımıza çıkmaktadır. Mutlak muvazaada taraflar aslında bir işlem yapmak istemedikleri halde üçüncü kişilere karşı öyle görünmek, onları aldatmak için görünüşte bir işlem yapmaktadırlar.²⁸ Nispi muvazaada

²⁶ Mustafa Dural/Turgut Öz, Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, Filiz, İstanbul 2017, N. 2107; Yılmaz, 2024, s. 406.

²⁷ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin, Ankara 2019, N. 1088; Selahattin Sulhi Tekinay /Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985, s. 408; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, güncellenip genişletilmiş 18. Bası, Vedat, İstanbul 2020, N. 411 vd.; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1. Seçkin, Ankara 2019, N. 1456; Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, genişletilmiş 12. Baskı, Sayram, Konya 2021, s. 138; Selin Sert Sütçü, Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2023, s. 28; İsmail Atamulu, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet, Ankara 2017, s. 23.

²⁸ Eren, N. 1097; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 409; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 412, 413; Antalya, N. 1473; Akıncı, 138; Sert Sütçü, s. 35; Süleyman Yılmaz, Mirasbırakanın Mirasçılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemleri ve Sonuçları (Muris Muvazaası), Yetkin, Ankara 2021, s. 66; Atamulu, s. 47, 48.

ise tarafların yapmak istedikleri sözleşme ile görünürdeki sözleşme birbirinden farklıdır. Bir başka deyişle nispi muvazaada gizli işlem, tarafların gerçekte yapmak istedikleri işlemken, görünürdeki işlem ise gerçekte yapmak istemedikleri işlemdir.²⁹ Muvazaalı sözleşme, görünürdeki işlem tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı ve TBK m. 19'a göre tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alındığı için hüküm doğurmamaktadır.³⁰ Ancak gizli işlem, tarafların iradeleri birbirine uygun olduğu için kural olarak geçerlidir. Bununla birlikte gizli işlem şekle bağlı ise işlemin bu şekle uygun olarak yapılması gerekmektedir. Aksi halde gizli işlem şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olmaktadır.³¹ Muvazaayı iddia eden ispatla yükümlüdür. Tarafların muvazaa iddiası yazılı delille, üçüncü kişilerin muvazaa iddiası her türlü delille ispatlanabilmektedir.³²

Muvazaalı işlemin, miras hukukunda ortaya çıkan hali ise muris muvazaası olarak adlandırılmaktadır ve nisbi muvazaanın özel bir şeklini teşkil etmektedir.³³ Muris muvazaasında, miras bırakan ile lehine kazandırmada bulunulan arasında bir sözleşme yapılmakta ancak görünürdeki işlem, yapılması istenen gerçek işlemi gizlemeyi amaçlamaktadır. Böylece diğer mirasçılar veya alacaklılardan mal kaçırma amaçlanmaktadır. Nitekim muris muvazaasının temelini teşkil eden

²⁹ Eren, N. 1098; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 410; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 412, 413; Antalya, N. 1475, 1476; Akıncı, s. 139; Sert Sütçü, s. 36, 37; Yılmaz, 2021, s. 67; Atamulu, s. 51, 52.

³⁰ Muvazaalı işlem kesin hükümsüzdür (batıldır). Doktrin (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 411; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 415; Antalya, N. 1490; Sert Sütçü, s. 48, 170; Yılmaz, 2021, s. 72; Atamulu, s. 117) ve Yargıtay (YİBK 01.04.1974, 1974/1-2) bakımından baskın görüş bu olmakla birlikte, muvazaalı işlemin yok hükmünde olduğu da savunulmaktadır (Eren, N. 1106, 1108; Yaşar Karayalçın, "Muvazaa (Danışık)-Hileli Anlaşma-Miras Bırakanın Muvazaası", Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 353.

³¹ Hukukumuzda görünürdeki işlem için uyulan şeklin, gizli sözleşme için de şekil şartını yerine getireceği yönünde görüşler bulunmakla birlikte (Karayalçın, 1999, s. 353), hâkim görüş ve 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı YİBK, şekle tabi işlemler bakımından gizli sözleşmenin şekle uymama sebebiyle geçerli olmadığını kabul etmektedir. Eren, N. 1119; Oğuzman/Öz, C. 1, 419; Antalya, N. 1502, 1503; Akıncı, s. 142; Sert Sütçü, s. 49; Atamulu, s. 178.

³² Eren, N. 1125, 1126; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 418, 419; Oğuzman/Öz, C. 1, N. 415, 416; Antalya, N. 1513, 1514; Akıncı, s. 145; Sert Sütçü, s. 212, 214; Yılmaz, 2021, s. 82, 83; Atamulu, s. 205, 212.

³³ Sert Sütçü, s. 67; Yılmaz, 2021, s. 109; Antalya, N. 1522.

01.04.1974 tarih ve 1974/1-2 sayılı YİBK' da "bir kimsenin mirasçısını miras hakkında yoksun etmek amacıyla gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında, tapu sicil memuru önünde iradesinin satış doğrultusunda açıklanmış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın, miras hakkı çığneden tüm mirasçılardan görünürdeki satış sözleşmesinin BK. m. 18'e dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabilirler" yönünde karar verilmiştir. Görüldüğü üzere nisbi muvazaanın unsurları olan gizli işlem, görünürdeki işlem ve tarafların bu yöndeki anlaşmalarının yanı sıra mirasçılardan mal kaçırma amacı da muris muvazaasının önemli bir unsurudur.³⁴

Muris muvazaasının tespiti halinde taşınmazların devrine ilişkin görünürdeki işlem tarafların gerçek iradelerine uymadığı, gizli işlem ise şekil şartlarını (TMK m. 726, TBK m. 213, Tapu K m. 26) taşımadığı için geçersizdir.³⁵ Bu durumda saklı paylı olsun olmasın miras payı zedelenen tüm mirasçılar, dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa sebebiyle geçersizliğinin tespitini ve buna bağlı olarak tapu kaydının iptalini mahkemeden talep edebilmektedirler.³⁶

Mirasçılardan mal kaçırma amacının tespiti, mirasbırakanın bu yöndeki asıl irade ve amacının ortaya konulması ile sağlanmaktadır. Bunun için "ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alım gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanması" gerekir.³⁷ Muris

³⁴ "Muris muvazaası, dört unsurdan oluşur. 1-) Miras bırakanın mirasçısından mal kaçırma için karşı tarafla anlaşarak gerçek iradesine uygun düşmeyecek ve sonuç doğurmayacak biçimde düzenlediği, tarafların aralarındaki muvazaa anlaşması ile geçersiz olduğunu kabul ettikleri görünüşteki sözleşme, 2-) Mirasçılardan aldatma kastı...3-) miras bırakan ile karşı taraf arasındaki görünüşte yapılan sözleşmenin niteliğini değiştiren, hiçbir şekil şartına bağlı olmayan, tarafların beyanları ile iradeleri arasında bilerek meydana getirdikleri, uyumsuzluğu açıklayan muvazaa anlaşması, 4-) miras bırakan ile karşı tarafın gerçek iradelerine uygun olan ancak saklanan ve genellikle bağış sözleşmesi şeklinde yapılan gizli sözleşme..." HGK. 08.06.2011, E. 2011/4-359, K. 2011/405 (naklen Sert Sütçü, 68, dph. 246.

³⁵ YİBK 01.04.1974, 1974/1-2

³⁶ YİBK 01.04.1974, 1974/1-2

³⁷ Y. 1. HD. 21.09.2022, E. 2022/5452, K. 2022/5991; 1. HD, E. 2013/300, K. 2013/4663;

muvazaasında mirasçılardan mal kaçırma amacı o kadar önemlidir ki Yargıtay, devrin minnet duygusuyla yapılmasında³⁸ veya miras bırakanın sağlığında mirasçılar arasında adil bir paylaşım yaptığı durumlarda³⁹ muvazaanın bulunmadığını kabul etmektedir.⁴⁰ Ayrıca Yargıtay'ın aksi yönde kararlarına rağmen muvazaalı hukuki işlemin yapıldığı tarihte kendisinden mal kaçırılacak mirasçı bulunmaması halinde de muvazaa iddiasının ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir.⁴¹

Yargıtay'ın muris muvazaası uygulaması doktrinde isabetli bulunduğ⁴² gibi eleştirilere de maruz kalmıştır. Eleştirilerin başında

1. HD, E. 2007/939, K. 2007/1713. (karararama.yargitay.gov.tr)

³⁸ 1. HD. E. 2021/458, K. 2021/5278; 1. HD, E. 2013/11120, K. 2013/15003. (karararama.yargitay.gov.tr).

³⁹ "Miras bırakan sağlığında mallarını mirasçıları arasında, makul ölçüler içerisinde, dengeli bir biçimde paylaşmışsa, artık mirasçıdan mal kaçırma, onları aldatmak kastı ve iradesi bulunmadığından, muris muvazaasından söz etmek mümkün olmaz. Bu gibi temliklerde miras bırakanın amacı mirasçıdan mal kaçırma değil, mallarını sağlığında mirasçılar arasında pay etmektir. Uygulamada "denkleştirme" olarak da tanımlanan bu paylaşımın kabulü için, miras bırakanın tüm mirasçılar arasında paylaşım yapması, paylaşımında tam bir eşitlik olmasa dahi makul ve hoşgörü ile karşılanabilecek bir denge kurması gerekir." HGK. 16.06.2010, E. 2010/295, K. 2010/333 (karararama.yargitay.gov.tr). Y. 1. HD. 19.09.1995, E. 1995/8737, K. 1995/11789 (Hüseyin Kovan, Muris Muvazaası Nedeni ile Tapu İptal ve Tescil Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları, Adalet, Ankara 2016, s. 106-108).

⁴⁰ Miras bırakanın mal kaçırma amacının tespitine yönelik somut örnekler için bkz. Sert Sütçü, 70, 71; Murat Topuz, "Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, S. 2, Temmuz 2016, Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan (Özel Sayı), s. 715-717; Zeynep Uyar Hatipoğlu, "Yargıtay İçtihatlarına Göre Muris Muvazaasında Mirasbırakanın Asıl İradesinin Tayini", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.22, S. 36, Y. 2017, s. 122-123 ve bu konudaki kararların incelemesi için bkz. Uyar Hatipoğlu, s. 129-131.

⁴¹ Sert Sütçü, s. 71; Yılmaz, 2021, s. 114; Esra Eviz, Muris Muvazaası, onikilevhai İstanbul 2019, s. 60, 61. Yargıtay'ın bu yöndeki iki kararı HGK. 01.03.2000, E. 2000/1-126, K. 2000/143 (naklen Sert Sütçü, s. 71); Y. 1. HD. 05.03.1992, E. 1991/14394, K. 1992/2628 (naklen Yılmaz, 2021, s. 114). Ancak ceninin durumu (TMK m. 582) ayrı değerlendirilmekte ve cenin sağ ve tam olarak dünyaya geldiğinde mirasçı sıfatını kazanacağından muris muvazaasına ilişkin dava açabileceği kabul edilmektedir. Sert Sütçü, s. 71; Yılmaz, 2021, s. 115; Eviz, s. 60.

⁴² İsmet Sungurbey, "Mirasbırakanın Danışıklı İşlemlerine İlişkin Yargıtay'ın 1.4.1974 gün, 1/2 sayılı Doğru İçtihadı Birleştirme Kararı Değiştirilemez", *Medeni Hukuk Sorunları*, C. 6, İstanbul 1994, s. 10-18. Yazar, muvazaalı işlemlerin genel-

muvaazaalı işlemler aleyhine sadece saklı paylı mirasçılardan dava açması gerektiği, tüm mirasçılardan buna yönelik dava açabilmesinin mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü kısıtladığı görüşü gelmektedir.⁴³ Aynı yöndeki diğer görüş, tüm mirasçılara muvazaa sebebiyle dava açma hakkı tanınmasının, TBK ile TMK arasında bağlantı kuran, resmi belgelerde ispatla ilgili olan, belirli şartlarda iki kanun hükmünün uygulanmasına yönelik TMK m.7'ye olacağını ifade etmektedir.⁴⁴ Bu görüş ayrıca muris muvazaasını ileri sürmenin dürüstlük kuralı (TMK m. 2) ile sınırlı olması gerektiğini, bir tarım arazisinin konu olduğu davadaki muris muvazaası iddiasının kabul edilmesi halinde, arazinin parçalanacağı, ekonomik olarak büyük kayıpların ortaya çıkacağı örneği ile ortaya koymaktadır.⁴⁵ Diğer bir görüş ise uygulamanın "adalet duygusuna ve ahlaki duyarlılığa" uygun olmakla birlikte, Medeni Kanunumuzun saklı payları koruyan sistemine aykırı olduğunu belirterek, özellikle miras bırakan işlemi muvazaalı yapmak yerine geçerli biçimde yapsaydı, hiçbir hakka sahip olmayacak saklı payı bulunmayan mirasçılar ile saklı payları dışında bir şey elde edemeyecek saklı paylı mirasçıların, fazladan hakka sahip olmalarına yol açtığı için eleştirmektedir.⁴⁶ Yine doktrinde 01.04.1974 tarih ve 1974/1-2 sayılı İBK'dan sonra miras hukukunda saklı payı daraltan değişikliklerin yapıldığı ve bunun muris muvazaası uygulamasına yansımadağı, bu uygulamanın mirasçıyı koruduğu ancak miras bırakanın tasarruf özgürlüğünü sınırladığı için onu farklı arayışlara yönelttiği, muris muvazaasının yeniden değerlendirilerek daha adil bir çözüm bulunması gerektiği de ifade edilmektedir.⁴⁷

Tüm bu eleştiriler, Yargıtay'ın yaklaşımında bir değişikliğe yol açmamıştır. Bununla birlikte muris muvazaası uygulamasında, 5403 sayılı Kanun'un tarımsal arazilere yönelik olarak miras hukuku hü-

likle kız çocuklarından mal kaçırma amacıyla kullanıldığını, kararla somut olay adaletinin (hakkaniyet) sağlandığını, muvazaalı işlem taraflarının davranışının ahlaka aykırı olduğunu ve dürüst bir yoldan gerçekleşmeyen kazanımın korunmayacağını ifade etmektedir. Aynı yönde, Atamulu, s. 258, 259; Topuz, s. 711.

⁴³ Karayalçın, 1991, s. 230; Yılmaz, 2021, s. 176, 177.

⁴⁴ İbrahim Kaplan, "Muris Muvazaası", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Sayı Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, C. 15, S. 1, 2016, s. 363.

⁴⁵ Kaplan, s. 368.

⁴⁶ Dural/Öz, N. 1155.

⁴⁷ Sert Sütçü, s. 94.

kümlerinde yaptığı değişikliklerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu Kanun'dan önce de tarımsal arazilerin bütünlüğünü sağlama düşüncesi, Yargıtay'ın mevcut yaklaşımına yöneltilen bir eleştiriydi.⁴⁸ Ancak konu 5403 sayılı Kanun ile emredici biçimde düzenlenmiştir⁴⁹ ve muris muvazaası değerlendirilirken mahkemelerin resen bu Kanun'u göz önünde bulundurmaları gerekmektedir.

II. SORUNUN TESPİTİ

A. Genel Olarak

Tarım arazilerinin bölünmesi, arazilerin küçük parçalara bölünerek devri (hukuki işlem yoluyla)⁵⁰ ile veya miras yoluyla gerçekleşmektedir. 5403 sayılı Kanun ister hukuki işlem isterse miras yoluyla olsun, bölünmelerin önüne geçmek istemektedir. Ancak uygulamada hukuki işlem yoluyla bu sınırlamaların aşıldığı, bazı kişilerin Kanun'u dolanarak tarım arazilerini hisselendirmek için mahkemeleri kendi amaçları doğrultusunda kullanarak, elde ettikleri kararlarla diledikleri yönde tescil sağlayabildikleri görülmektedir. Örneğin, pek çok olayda tarım arazisi, bölünecek parça sayısı kadar kişiye, adi yazılı sözleşme ile satılmış, daha sonra alıcılar, satıcının tapuda devir yapmadıkları gerekçesiyle tescile zorlama davası açarak adi yazılı sözleşmedeki hisse miktarınca tescil istemişler, davalı/satıcının derhal davayı kabulü üzerine de mahkemeler, dava konusu taşınmazın hisse oranında davacılar adına tesciline karar vermişlerdir. Alıcıların elinde kesinleşmiş mahkeme kararı bulunması sebebiyle tapu müdürlükleri de hisse oranında tescili uygulamak zorunda kalmıştır. Fakat bu yöntem yaygınlaşınca söz konusu kararların iptali için Tarım ve Orman Bakanlığı İl ve İlçe Müdürlükleri tarafından yargılamanın yenilenmesi talepli davalar açılmış ve mahkeme kararları iptal edilmiştir.⁵¹ Böylece Kanun'un et-

⁴⁸ Kaplan, s. 368.

⁴⁹ Özay, s. 152.

⁵⁰ 5403 sayılı K. M. 8/B (Ek fıkra: 28/10/2020-7255/18 md.) "Tarım arazilerinde; ifraz, hisselendirme, pay temlik, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi, elbirliği mülkiyetinin devri, paylı mülkiyet olarak intikal, taksim ve vasıf değişikliği işlemleri Bakanlığın izni ile yapılır."

⁵¹ "Hal böyle olunca; mahkemece, 5403 sayılı Kanun'un ilgili maddeleri üzerinde durulmaksızın davalının davayı kabulü hükme esas alınarak tapu iptali ve tescil talebinin kabulü ile davacılar adına tescile karar verilmesi halinde kamu yararı

rafından dolaşarak yapılan hisselendirmeler engellenmiş ve bu yolla tarım arazilerinin bölünmesine ilişkin yasağın aşılması önlenmiştir. Benzer yaklaşımın miras yoluyla tarım arazilerinin bölünmesi konusunda da gösterilmesi gerekmektedir.

Miras yoluyla tarım arazilerinin bölünmesinin engellenmesi, 5403 sayılı Kanun'un özellikle üzerinde durduğu bir konudur. Uygulamada, tıpkı hukuki işlem yoluyla yapıldığı gibi mirasa konu tarım arazileri bakımından muvazaa iddiası ile açılan davalardaki mahkeme kararlarıyla, Kanun'un amacına aykırı sonuçlar ortaya çıktığı görülmektedir. Kanaatimizce bu sorun, 5403 sayılı Kanun'un muris muvazaası iddialarında, mahkemelerce en başta resen göz önünde bulundurulması ile çözülebilir. Aynı şekilde muris muvazaasına ilişkin iddiaların esastan değerlendirilmesinde, mahkemelerin 5403 sayılı Kanun'un amacına uygun bir yaklaşım belirlemeleri gerekmektedir. O halde 5403 sayılı Kanun, mirasın paylaşılmasında muris muvazaası bakımından, iki ayrı açıdan değerlendirilmelidir. İlki bu Kanun uyarınca tapunun kısmi iptalinin mümkün olmaması, muvazaalı devredilen tarım arazisinin te-rekeye döndüğünde paylaşmanın 5403 sayılı Kanun'a göre yapılması zorunluluğudur. 5403 sayılı Kanun kapsamındaki bir tarım arazisi için muvazaalı işlem iddiasında bulunulduğunda, bu iddianın değerlendirilmesinde tarım arazilerinin bütünlüğünün korunmasının göz önünde tutulması gerekir. Uygulamada mahkemelerin bunu dikkate almadan muvazaa iddialarını kabul ettiği ve bölünmemesi gereken arazi için kısmi iptal ve tescil yönünde kararlar verdikleri görülmektedir. Bu durum maalesef emredici bir hükmün, mahkeme kararıyla dola-nılmasına yol açmaktadır. Oysa kanunların uygulanması, mahkeme-

amacıyla getirilen ve kamu düzenine ilişkin olan "bölünemez büyüklük" kuralı ihlal edilmiş olmakta, davacılar ve davalı iyiniyet kuralına aykırı olarak Kanun maddesini dolanmak suretiyle tarım arazilerinin bölünmesine sebebiyet vermektedir. Her ne kadar davalının davayı kabulü ve hükmü istinaf etmemesi üzerine tapu iptali ve tescil talebinin kabulüne dair hüküm kesinleştirilmiş olsa da davacılar ve davalı arasında bu danişıklı durumu yasanın koruması söz konusu olmayacağından, İl Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğü vekilinin yargılamanın iadesini kamu yararı adına talep etme hakkı bulunduğu kabulü gerekmektedir." (Y. 7. HD. 18.3.2024, E. 2023/1683 K. 2024/1610). Aynı yönde bkz. YHGK. 24.01.2024, 2023/7-273 E, 2024/25 K.; Y. 7. HD., 4.12.2023, E. 2022/4978 K. 2023/5942; Y. 7. HD. 17.10.2023, E. 2022/3353 K. 2023/4818; Y. 7. HD., 4.12.2023, E. 2022/5721 K. 2023/5943; Y. 7. HD., 4.07.2022, E. 2022/2428 K. 2022/4702; Y. 7. HD., 19.01.2023, E. 2021/7524 K. 2023/370 (www.lexpera.com.tr).

lerin re'sen gözeteceği hususlardandır. Zira 5403 sayılı Kanun'a göre bir tarım arazisinin asgari ve yeter büyüklük altında kalacak şekilde, tapuda kısmi iptali ve tescili imkânsız hale gelmiştir. Bu sebeple muris muvazaasına dayalı bir davada, muvazaa iddiası yerinde görülürse, taşınmazın tereke adına elbirliği mülkiyetinde olacak şekilde tesciline karar verilmeli ve daha sonra mirasçılar tarafından 5403 sayılı Kanun'a göre paylaşılması sağlanmalıdır.⁵² Konunun sadece muvazaa kriterleri yönünden ele alınması, ülkemizin tarım arazilerini korumak yönündeki politikalarının göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir.

İkinci husus ise tarım arazisinin ehil mirasçı aracılığıyla sürdürülebilirliği sağlanmak istenildiğinden, muris muvazaası şartlarının böyle durumlarda 5403 sayılı Kanun çerçevesinde yeniden değerlendirilmesinin gerekliliğidir. 5403 sayılı Kanun'un uygulanması ve amaca ulaşılabilmesi için tarım arazileri söz konusu olduğunda, muris muvazaası kriterleri gözden geçirilmelidir. Kanaatimizce özellikle mal kaçırma amacının tespitinde bu Kanun göz önünde tutulmalıdır. Kanun koyucu, bu Kanun ile önceliğinin tarım arazilerinin bütünlüğü ve tarımın sürdürülebilirliği olduğunu ortaya koymuştur. Hatta ölüme bağlı tasarruf yoluyla miras bırakanın, ehil mirasçiyi belirleyebilmesine izin verilmiştir. Hal böyle olunca sağlar arası işlemlere yönelik muris muvazaası anlayışının gözden geçirilmesi ve bu tür muvazaa için yeni kriterler ortaya konulmasının gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple 1974 tarihli ve 1/2 sayılı İBK'nın mevcut uygulaması bakımından da 5403 sayılı Kanun'un amacına uygun, farklı bir yaklaşımın benimsenebileceği kanaatindeyiz.

B. Değerlendirme

a) Muvazaa İddiasının Paylaştırma Esnasında Dikkate Alınması

5403 sayılı Kanun, kamu yararını sağlama amacıyla emredici hükümler getirmiştir. Muris muvazaasının bulunması, 5403 sayılı Kanun'un sağlamak istediği sonuçların ortaya çıkmasını engelleyecek

⁵² A. Nilay Şenol/Özge Uzun-Kazmacı, "5403 sayılı Kanun Çerçevesinde Tereke-deki Tarım Arazilerinin Devredilmesi Karşısında Muris Muvazaası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 78 (1): s. 189.

şekilde uygulanmamalıdır. Nasıl ki mirasçılar arasında iradî taksimle 5403 sayılı Kanun'a aykırı bir paylaşma yapılamamaktadır, mahkemeler aracılığı ile de Kanun'un yasakladığı sonuca ulaşılamamalıdır. Bu kapsamda, mahkemelerin paylı mülkiyete geçiş sonucunu doğuracak tapu iptal kararlarında, tarım arazisine ilişkin asgari ve yeter gelir büyüklüğünü göz önünde tutmaları gerekir⁵³. Tahkikat aşamasında, ilgili İlçe Tarım Müdürlükleri'nden dava konusu parselin, davacının talebine uygun şekilde hisselendirilmesinin 5403 sayılı Kanun'un 8'inci maddenin üçüncü fıkrasına uygun olup olmayacağı baştan sorulmalıdır. Cevabın olumsuz olması halinde ise açılan dava, HMK m. 114 kapsamında dava şartı eksikliği gerekçesiyle reddedilmelidir. Nitekim Yargıtay bir ortaklığın giderilmesi davasında, "*Aynen taksimi talep edilen taşınmazların tarımsal arazi niteliğinde olup olmadığı yargılama sırasında değerlendirilmeli, tarım arazisi niteliğinde olması ve tarım arazisi vasfını yitirmemesi halinde, taksim koşullarının 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu çerçevesinde aynen taksimi konusunda bilirkişiden rapor alınması*" gerektiğine karar vermiştir.⁵⁴ Aynı durum muvazaası iddia-

⁵³ İki büyüklük de göz önünde tutulmalıdır. Zira ifraz bakımından esas alınan yeter gelir büyüklüğü iken, taksim ve hisselendirme bakımından asgari büyüklük esas alınmaktadır.

⁵⁴ Y. 6. HD. 13.03.2013, E. 2013/2302, K. 4416; aynı yönde İstanbul BAM, 36. HD. 12.06.2019, E. 2017/3204, K. 2019/1109 (lexpera). Noterde düzenleme şeklinde yapılan satış vaadi sözleşmelerinin ifası için davalarda da Mahkemeler arazilerin bölünmez büyüklüğe göre ifraz edilmesinin değerlendirmesinin yapılması gerektiği yönünde kararlar vermektedir: "5403 sayılı Kanun'un 8. maddesi üçüncü fıkrası gereğince tarım arazilerinde; ifraz, hisselendirme, pay temlikli, paydaşın payının bir kısmını hisselendirerek diğer paydaşlara kısmen devri hususlarındaki yapılacak işlemlerde bölünmez büyüklüğe göre ifraz edilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesinin yapılması için il/ilçe tarım müdürlüğüne sorulması gerekecektir." (Kayseri BAM, 1. HD., 10.6.2022, E. 2022/770 K. 2022/895). Cebrî icra ile yapılan pay satışlarında da Yargıtay, satışın 5403 sayılı Kanun'a aykırı olduğu gerekçesiyle İlçe Tarım Müdürlükleri tarafından tescil edilmemesi sebebiyle açılan tapu iptal ve tescil talepli davaların reddi gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Bu durumda ihale alıcısının ihalenin feshi davası açabileceğine işaret edilmektedir: "Buna göre, 5578 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 09.02.2007 tarihinden sonra 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu uyarınca tarım arazilerinden yapılacak her türlü cebrî satışlarda 5578 sayılı Kanun ile değişik 5403 sayılı Kanun'un 8. maddesinde yer alan sınırlandırmalara uyulması gerektiği açıktır. Zira, 5403 sayılı Kanun'un 8. maddesi hükmü emredici olup, cebrî satışları da kapsar. Aksine, cebrî satışlar anılan kanun hükmü dışında tutulursa, muvazaaya meydan verilmiş olur ki, kanun koyucunun bunu amaçlamayacağı her türlü duraksamadan uzaktır." (Y. 1. HD., 16.4.2014, E. 2013/18342 K. 2014/7935, benzer nitelikte bkz. Y. 1. HD., 22.5.2013, E. 2013/1577 K. 2013/8270).

sı kabul edildiğinde de geçerli olmalıdır. Muvazaalı işleme konu olan tarım arazisi, terekeye dahil edilerek 5403 sayılı Kanun'a göre paylaşılmalıdır.⁵⁵ Muvazaa sebebiyle tarım arazisine ilişkin asgari büyüklüğün altındaki büyüklük için kısmi iptal ve tescil kararı verilememelidir. Zira 5403 sayılı kanun uyarınca mirasçılarının mirasçılık belgelerindeki payları asgari büyüklüğü sağlayamıyorsa aynen taksime gidilememekte, bu Kanun ile getirilen diğer paylaşma yöntemlerine göre paylaşılmalıdır (TKAKK m. 8/c).

Davacı taraf dilerse, ret kararı sonrasında yeniden dava açarak bu kez taşınmazın tereke adına elbirliği mülkiyetinde olacak şekilde tespiti-ne karar verilmesini talep edebilir. Bu takdirde Yargıtay'ın yerleşik içtihatları gereği tüm mirasçılarının davada temsil edilmesi, olurlarının alınması veya terekeye temsilci atanması gerekir.⁵⁶ Böylece mirasçılar adına elbirliği mülkiyeti ile kaydedilen taşınmaz paylaşılırken, 5403 sayılı Kanun uygulanır ve ehil mirasçı veya mirasçılar taşınmazın mülkiyetini talep edebilir duruma gelirler. Eğer taşınmaz tereke adına elbirliği mülkiyeti ile kaydedilmez ve davacının mirasçılık belgesindeki payına göre tescil talebi kabul edilirse, tarım arazisi asgari ve yeter büyüklüklerin bir başka deyişle Kanun ile belirlenen sınırların altında paylara bölünmüş olacağı gibi ehil mirasçı sıfatı bulunmayan mirasçılar da dava yolu ile taşınmaz payını, paylı mülkiyet hükümlerine göre edinmiş olurlar. Bunun sonucunda 5403 sayılı Kanun'a göre malik olmaması gereken bir mirasçının, Kanun'un emredici hükmünün aksine pay sahibi olmasının yolu açılırken, ehil mirasçı ise taşınmazın tüm paylarını edinme hakkından yoksun kalmaktadır. Daha da önemlisi tarım arazilerinin miras yoluyla bölünmesi, paylara ayrılması 5403 sayılı Kanun'un emredici kuralları karşısında mümkün değilken, mahkeme kararıyla Kanun'un sağlamak istediği sonucun aksine tarım arazisinin ifrazı, hisselendirilmesi gerçekleşmiş olmaktadır. (TKAKK m. 8/III, c. 2; m. 8/B-III).

b) Muvazaa İddiasının Esas Yönünden İncelenmesi

Kanaatimizce 5403 sayılı Kanun, muris muvazaası iddiasının esas yönünden değerlendirilmesi aşamasında da göz önünde bulun-

⁵⁵ Şenol/Uzun-Kazmacı, s. 189.

⁵⁶ Y. 1. HD., 9.12.2019, E. 2018/2894 K. 2019/6353; Y. 1. HD., 04.04.2011, E. 2011/3376 K. 2011/3826.

durulmalıdır. Kanun'un 8/F maddesi, ölüme bağlı tasarrufla ilgili bir düzenleme içermektedir. Buna göre "Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyen ve buna ehil tek mirasçı olduğu anlaşılan mirasçının bu konudaki istem hakkı, ölüme bağlı tasarrufla ortadan kaldırılamaz. Mirastan çıkarma, mirastan yoksunluk ve mirastan feragat hâlleri saklıdır. Birden çok mirasçıda devir koşullarının bulunması hâlinde, kendisine devir yapılacak mirasçı ölüme bağlı tasarrufla belirlenebilir. Belirlenen bu mirasçıya itiraz edilmesi durumunda, ehil mirasçı sulh hukuk hâkimi tarafından belirlenir". Görüldüğü üzere miras bırakan yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla ehil mirasçının bu konudaki talep hakkını ortadan kaldıramaz.⁵⁷ Bununla birlikte birden çok ehil mirasçı bulunduğu anda ölüme bağlı tasarrufla kendisine devir yapılacak mirasçıyı belirleyebilir. Miras bırakanın ehil mirasçıya yönelik seçimine, diğer mirasçılar tarafından itiraz edilebilmesi mümkündür. Bu durumda ehil mirasçıyı sulh hukuk hâkimi belirlemektedir. Sulh hukuk hâkimi itirazı, belirlenen mirasçının ehil olup olmadığı ile sınırlı olarak değerlendirmelidir.⁵⁸

Esas yönünden yapılan incelemede tarım arazileri söz konusu olduğunda, 5403 sayılı Kanun'un uygulanması ve amacına uygun yorum yapılabilmesi için muris muvazaasına ilişkin şartların sağlanıp sağlanmadığı da belirtilen kapsamda ayrıca ele alınmalıdır. Tarımın sürdürülebilirliği, tarım arazilerinin tarımla uğraşan, geçimini buradan sağlayan mirasçılar tarafından işletmesiyle mümkün olur. Kanun'un getirdiği ehil mirasçı kriteri tam da buna yöneliktir. Nasıl ki miras bırakan ölüme bağlı tasarrufla birden fazla ehil mirasçıdan birisini belirleyebiliyorsa, sağlar arası işlemlerle de belirleyebilmelidir. Bu noktada, muris muvazaası davalarında miras bırakanın mal kaçırma amacıyla devri yapıp yapmadığı araştırılırken bu hususun da değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Bilindiği üzere muvazaanın nitelikli bir türü olan muris muvazaası davalarında miras bırakanın mal kaçırma amacıyla hareket ediyor olması aranmaktadır. İşlemin bedelsizliği, tek başına muris muvazaası sebebiyle tapunun iptali için yeterli değildir. Yargıtay kararlarında özellikle minnet duygusu ile yapılan karşılıksız kazandırmaların mal kaçırma amacını içermediği ve işlem bedelsiz

⁵⁷ Bu hüküm doktrinde eleştirilmiştir. Yavuz/Topuz, s. 690; Özay, s. 167.

⁵⁸ Şenol/Uzun-Kazmacı, s. 167, 187.

olsa bile iptal edilmemesi gerektiği istikrarlı olarak belirtilmektedir.⁵⁹ Aynı şekilde Yargıtay kararlarında mal kaçırma amacının tespiti için ülkenin ve yörenin gelenekleri, olayların olağan akışı ve hatta miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir sebebinin bulunmasının dahi dikkate alındığı görülmektedir.⁶⁰ İşte bu unsurların ve devrin minnet duygusu ile yapılmasının, mahkemece göz önünde bulundurulmasında olduğu gibi tarım arazilerinin ehil mirasçılarda kalmasının amaçlanması hali de mirasçılardan mal kaçırma değil, haklı ve makul bir sebep olarak değerlendirilmelidir. Böyle bir durumda, muvazaalı işleme konu olan bir tarım arazisi ve lehine kazandırma yapılan ehil mirasçı ise artık muris muvazaasından söz edilmemelidir.⁶¹ 5403 sayılı Kanun'un amacı ve emredici karakteri karşısında böyle bir yorum yapmak isabetli olacaktır. Böylece tapu kaydı muris muvazaası sebebiyle iptal olmayacağı için kamu yararına uygun şekilde, tarım arazisi ehil mirasçıda kalabilecektir. Bunun diğer mirasçıların haklarını zedeleyeceği ise düşünülmemelidir. Zira 5403 sayılı Kanun'un denkleştirmeye yönelik hükümleri (TKAKK m. 8/D, 8/H, 8/Ç) ve şartları oluşmuşsa Medeni Kanunumuzun tenkis (TMK m. 565) ve denkleştirme (TMK m. 669 vd.) hükümleri yeterli korumayı sağlayacak niteliktedir. Ayrıca bu durum tarım arazileri için geçerli olduğundan, terekede bulunan diğer mirasın ve taşınmazların, Medeni Kanun'un miras hukuku ilkeleriyle paylaşılmasını etkilememektedir. O halde muvazaalı olduğu iddia edilen işlemle bir mirasçıya tarım arazisi devredilmişse, diğer mirasçıların bu yöndeki iddiası değerlendirilirken 5403 sayılı Kanun ve ehil mirasçı kriterlerini belirleyen ilgili Yönetmelik de göz önünde bulundurulmalıdır. Mahkeme, tarım arazisinin devredildiği kişi ehil mirasçı değilse, Yargıtay'ın bu yöndeki diğer kriterlerini de göz önünde tutarak mirasbırakanın mal kaçırma amacının bulunduğu sonucuna varabilir. Ancak devredilen mirasçı zaten ehil mirasçı ise mirasçılardan mal kaçırma amacının bulunmadığı kabul edilmelidir.

⁵⁹ Y. 1. HD. 30.4.2015, 2014/6673 E. 2015/6459 K; Y. 1. HD. 15.9.2020, 2016/17790 E. 2020/4096 K.; Y. 1. HD. 13.01.2022, 2021/8389 E. 2022/224 K. (lexpera.com.tr).

⁶⁰ Y. 1. HD 12.10. 2015, 2014/2903 E. 2015/11649 K.; Y. 1. HD 05.10. 2011, 2011/8161 E., 2011/9851 K.; Y. 1. HD 08.03. 2013, 2012/16654 E., 2013/3539 K. (karararama.yargitay.gov.tr)

⁶¹ Şenol/Uzun-Kazmacı, s. 189.

Muris muvazaası konusunda hukukumuzdaki yaklaşım, 01.04.1974 tarih ve 1974/1-2 sayılı İBK'ya dayanmaktadır. Bu karar gerek verildiği zamanda ve gerekse uygulaması sırasında bazı eleştirilere maruz kalmıştır.⁶² Ancak bu eleştiriler bir tarafa bırakılacak olsa bile TMK'nın miras hükümlerindeki değişiklikler (saklı pay sahiplerinin ve oranlarının azaltılmış olması) ve 5403 sayılı Kanun'la birlikte, muris muvazaası konusundaki uygulamanın gözden geçirilmesi gerekmektedir. Özellikle tarım arazisinin bütünlüğünün sağlanması ve bu arazinin uzman bir kişi tarafından işletilebilmesi için ehil mirasçının, miras bırakan tarafından belirlenmesi ve bunun sağlar arası işlemle yapılabilmesi engellenmemelidir. Hatta bir adım daha gidilerek saklı paylı olmayan veya saklı payı ihlal edilmeyen mirasçıların açtıkları tarım arazisine yönelik tapu sicilinin düzeltilmesi talepli muvazaa iddiaları da aynı sebeplerle reddedilebilmelidir. Böyle bir durum, bu mirasçıların TMK'dan doğan denkleştirme taleplerine hanel getirmeyeceği gibi mirasbırakanın iradesinin korunmasına da imkân verecektir.⁶³

SONUÇ

5403 sayılı Kanun, tarım arazilerinin ve özellikle mirasa konu tarım arazilerinin miras yolu ile bölünmesini, paylara ayrılmasını yasaklamaktadır. Emredici nitelikteki bu hükümlerin amacı, tarım topraklarının küçülmesini önlemek, arazilerin tarımla geçinen ailelerde kalmasını ve ekilen arazi büyüklüğünün azamiye çıkarılmasını temin etmek, aynı şekilde tarım topraklarının işlenebilirliğinin sürekliliğini sağlayabilmektir. Ancak uygulamada hukuki işlem yoluyla bu Kanun'un dolanılması yönünde olumsuz örneklere rastlanıldığı gibi muvazaa iddialarının değerlendirildiği bazı mahkeme kararlarında da 5403 sayılı Kanun'un dikkate alınmadığı görülmektedir. Oysa 5403 sayılı Kanun'un amacı ve emredici karakteri mahkemeler tarafından resen göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır.

Kanaatimizce tarım arazilerinin konu olduğu mirasın, paylaşılması bakımından muris muvazaasının iki ayrı açıdan değerlendirilmesi gerekir. Bunlardan ilki 5403 sayılı Kanun uyarınca tapunun kısmi

⁶² Karara yönelik eleştirilerin genel değerlendirmesi için bkz. II, B; Yılmaz, 2021, s. 167 vd.

⁶³ Şenol/Uzun-Kazmacı, s. 189.

iptalinin mümkün olmaması, muvazaalı devredilen tarım arazisinin terekeye dönmesi ve paylaşmanın bu Kanun'a göre yapılması zorunluluğudur. Bir başka deyişle muvazaa iddiası mahkeme tarafından yerinde görülürse, işleme konu olan tarım arazisi, terekeye dahil edilerek paylaşma 5403 sayılı Kanun'a göre yapılmalıdır. Eğer tarım arazisi, Kanun'da belirlenen büyüklüğün altında ise kısmi iptal ve tescil kararı verilememelidir. Zira 5403 sayılı Kanun uyarınca mirasçılarının mirasçılık belgelerindeki payları asgari büyüklüğü sağlayamıyorsa aynen taksime gidilememekte, bu Kanun'la getirilen diğer paylaşma yöntemlerine göre paylaşma yapılması gerekmektedir (TKAKK m. 8/c). İkinci nokta ise muris muvazaası iddiasının esas yönünden değerlendirilmesi aşamasında 5403 sayılı Kanun'un göz önünde bulundurulmasıdır. Kanaatimizce, muvazaalı işleme konu olan bir tarım arazisi ve lehine kazandırma yapılan da ehil mirasçı ise artık muris muvazaasından söz edilmemelidir. Böylece tapu kaydı, muris muvazaası sebebiyle iptal olmayacağı için kamu yararına uygun şekilde, tarım arazisi ehil mirasçıda kalabilecektir. Bu durumun diğer mirasçılarının haklarını zedeleyeceği düşünülmemelidir. Gerek 5403 sayılı Kanun'un mirasçılar arasında denge gözeten hükümleri (TKAKK m. 8/D, 8/H) gerekse şartları oluşmuşsa Medeni Kanunumuzun tenkis (TMK m. 565) ve denkleştirme (TMK m. 669 vd.) hükümlerinin yeterli korumayı sağlayacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Sonuç olarak 5403 sayılı Kanun, aksi taraflarca kararlaştırılmayacak, emredici nitelikte hükümler getirmektedir ve mahkeme kararları ile bu hükümlerin dolanılmasına fırsat verilmemelidir. Muris muvazaası sebebiyle tapunun kısmi iptaline gidilmemeli, muvazaanın varlığı kabul edilirse tarım arazisi terekeye döndürülmeli ve paylaşma 5403 sayılı Kanun'a göre yapılmalıdır. Bu husus mahkeme tarafından resen göz önünde tutulmalıdır. Diğer yandan muris muvazaasının varlığının değerlendirilmesine ilişkin uygulama, TMK'nın miras hükümlerindeki değişiklikler ve tarım arazilerinin korunmasına yönelik 5403 sayılı Kanun'la birlikte, tekrar gözden geçirilmelidir. Özellikle tarım arazisinin bütünlüğünü sağlanması ve bu arazinin uzman bir kişi tarafından işletilebilmesi için ehil mirasçının, miras bırakan tarafından belirlenmesi ve bunun sağlar arası işlemle yapılabilmesi engellenmemelidir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akıncı Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, genişletilmiş 12. Baskı, Sayram, Konya 2021.
- Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1. Seçkin, Ankara 2019.
- Atamulu İsmail, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet, Ankara 2017.
- Dural Mustafa/Öz Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, Filiz, İstanbul 2017.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin, Ankara 2019
- Eren Fikret/Başpınar Veysel, Toprak Hukuku, Güncellenmiş ve genişletilmiş 5. Baskı, Savaş, Ankara 2017.
- Eren Fikret/Yücer Aktürk İpek, Türk Miras Hukuku, Yetkin Ankara 2019.
- Eviz Esra, Muris Muvazaası, Onikilevha, İstanbul 2019.
- Kovan Hüseyin, Muris Muvazaası Nedeni ile Tapu İptal ve Tescil Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları, Adalet, Ankara 2016.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, güncellenip genişletilmiş 18. Bası, Vedat, İstanbul 2020.
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, güncellenmiş ve eklemeler yapılmış 23. Bası, Filiz, İstanbul 2021.
- Özay Osman Levent, Tarımsal İşletmelerin ve Arazilerin Miras Yoluyla İntikali, Yetkin, Ankara 2015.
- Sungurbey, İsmet: Mirasbırakanın Danışıklı İşlemlerine İlişkin Yargıtay'ın 1.4.1974 gün, 1/2 sayılı Doğru İçtihadı Birleştirme Kararı Değiştirilemez, Medeni Hukuk Sorunları, C. 6, İstanbul 1994, s. 7-18
- Sütçü Selin Sert, Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2023.
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985.
- Yılmaz Süleyman, Medeni Hukuk Cilt-IV Miras Hukuku, genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin 2024.
- Yılmaz Süleyman, Mirasbırakanın Mirasçılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemleri ve Sonuçları (Muris Muvazaası), Yetkin, Ankara 2021.

Makaleler

- Kaplan İbrahim, "Muris Muvazaası", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Sayı Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, C. 15, S. 1, 2016, s. 349-369.
- Karayalçın Yaşar, "16.3.1990 tarih ve K.1990/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı Saklı Payı İhlal edilmemiş Mirasçı Muvazaa Nedeniyle Dava açabilir Görüşü ve Diğer Problemler", Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya 1991, s. 209-230.
- Karayalçın Yaşar, "Muvazaa (Danışık)-Hileli Anlaşma-Miras Bırakanın Muvazaası", Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 343-373.

- Özçelik Ş. Barış, "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, Y. 2015, S. 1, s. 87-110.
- Saymen, Ferit H., "Zirai Miras Hukuku", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 4, S. 4 (1944), s. 355- 388.
- Şenol A. Nilay/Uzun-Kazmacı Özge, "5403 sayılı Kanun Çerçevesinde Terekedeki Tarım Arazilerinin Devredilmesi Karşısında Muris Muvazaası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 78 (1): 161-192, s. 161-192.
- Topuz Murat, "Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan (Özel Sayı, C.15, S. 2, Temmuz 2016), s. 709-728.
- Uyar Hatipoğlu Zeynep, "Yargıtay İçtihatlarına Göre Muris Muvazaasında Mirasbırakanın Asıl İradesinin Tayini", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.22, S. 36, Y. 2017, s.109-135.
- Yavuz Cevdet/Topuz Murat, "Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Cilt 21, Sayı 2, s. 663-700.

BİR ANTI-DOPİNG KURAL İHLALİ OLARAK BULUNABİLİRLİK KUSURLARI

WHEREABOUTS FAILURES AS AN ANTI-DOPING RULE VIOLATION

Alparslan ŞİMŞEK*

Özet: Kayıtlı doping havuzunda yer alan bir sporcunun 12 (on iki) aylık bir süre içinde ISRM'de belirtildiği şekilde toplamda 3 (üç) kez Doping Kontrolünü kaçırmaması ve/veya bildirim kusuru işlemlerinin herhangi bir bileşimi anti-doping kural ihlali olarak tanımlanmıştır. Her sporcu, bilgileri ADAMS'a düzenli olarak girme ve güncelleme ve her gün belirlenen yerde 60 dakikalık zaman dilimi içerisinde test için hazır ve erişilebilir olma yükümlülüğü altındadır. Sporcuya uygulanan hak mahrumiyeti yaptırımının tespiti kusur etrafında dönmektedir. Kastın varlığı halinde 2 yıllık hak mahrumiyeti yaptırımı uygulanırken daha düşük seviyedeki kusur düzeyi için daha az yaptırım uygulanmaktadır. Anti-doping kural ihlalinin meydana geldiği tarihten herhangi bir geçici uzaklaştırmanın veya cezanın başlangıcına kadar elde edilen tüm sonuçların iptali gerekir.

Anahtar Kelimeler: Sporcu, Anti-doping, Bulunabilirlik Kusuru, Kusur

Abstrack: Any combination of the actions of an athlete in the registered doping pool missing a Doping Control and/or reporting failure a total of 3 (three) times as specified in the ISRM within a period of 12 (twelve) months is defined as an anti-doping rule violation. Each athlete is obliged to enter and update information regularly in ADAMS and to be available and accessible for testing within a 60-minute window at the designated location each day. The determination of the disenfranchisement sanction imposed on the athlete revolves around the fault. In case of intent, a 2-year deprivation of rights is imposed, while less sanctions are imposed for lower levels of fault. All results obtained from the date the anti-doping rule violation occurred until the beginning of any provisional suspension or suspension must be vacated.

Keywords: Athlete, Anti-doping, Whereabouts Failures, Fault

* Av., alparslansimsek@ymail.com, ORCID: 0009-0005-9769-9034, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.07.2024, Kabul Tarihi: 27.08.2024

GİRİŞ

Doping ile mücadele etmek için müsabaka içinde sporcuların kontrol edilmesi yeterli olmamıştır. Müsabaka dışında da dopingle mücadele edilebilmesi için WADC(WADC-World Anti-Doping Code)'de bir anti doping kural ihlali olarak "Bulunabilirlik Kusurları" düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile Kayıtlı Doping Kontrol Havuzu (RTP-Registered Testing Pool) oluşturulmuştur. Sporcunun belirli dönem aralıklarında nerede bulunduğu bilgisinin alınması sağlanmış ve sporcunun bildirimde bulunduğu o gün için altmış dakikalık zaman dilimi içerisinde belirttiği yerde hazır bulunması zorunluluğu getirilmiştir. Böylece, sporcunun müsabaka dışı zamanda da kontrolü sağlanmış ve buna aykırı davranışlar yaptırma bağlanmıştır.

Dünya Anti-Doping Programının dayandığı düzenleyici belgenin başında WADC gelmektedir. WADC hükümleri, özü itibari ile zorunlu olan ve Anti-Doping Kuruluşu, sporcu veya diğer kişi tarafından takip edilmesi gereken düzenlemelerdir. WADC'yi imzalayan taraf, kendi düzenleyici hükümlerini WADC ile uyumlu hale getirmelidir. İkincil düzenleyici işlem ise kuralların uygulanması için gerekli teknik ayrıntıların çoğunu içeren ve kurallara uyum için zorunlu olan Uluslararası Standartlardır. Son olarak, uygulaması zorunlu olmayan fakat yol gösterici kuralları sağlayan kılavuzlardır.¹ Bulunabilirlik kusurları anti-doping kural ihlali incelenirken bu düzenlemeler esas alınacaktır.

I. BULUNABİLİRLİK KUSURLARI

WADC Kural 2.4.'te, RTP'de bulunan bir sporcunun 12 (on iki) aylık bir süre içinde Sonuçların Değerlendirilmesine İlişkin Uluslararası Standartlar'da (ISRM- International Standard of Results Management) belirtildiği şekilde toplamda 3 (üç) kez Doping Kontrolünü kaçırmaması ve/veya bildirim kusuru işlemesi eylemlerinin herhangi bir bileşimi anti-doping kural ihlali olarak tanımlanmıştır.

Bulunabilirlik kusurlarına ilişkin anti-doping kural ihlalinin oluşması için iki şart öngörülmüştür. Birinci şart, sporcunun RTP'de bulun-

¹ Arbitration CAS 2020/A/7528 Christian Coleman v. World Athletics, award of 15 April 2021; Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 WADA v. World Athletics & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

ması; ikinci şart ise ISRM’de belirtilen şekilde 12 aylık süre içinde üç kez doping kontrolünün kaçırılması ve/vaya bildirim kusuru işlenmesidir.

A. Kayıtlı Doping Kontrol Havuzu

Bulunabilirlik kusuruna ilişkin anti-doping kural ihlali, ancak RTP’de kayıtlı olan sporcular tarafından işlenebilir. Doping Mücadele Komisyonları tarafından RTP oluşturulmaktadır. Türkiye özelinde, TDMK (TDMK-Türkiye Doping Mücadele Komisyonu), Doping Kontrolleri ve Soruşturmalara İlişkin Uluslararası Standartlar’da belirtilen şekilde bulunabilirlik bilgisini vermesi gereken ve TDMT (TDMT-Türkiye Doping Mücadele Talimatı) madde 10.3.2’de belirtildiği şekilde TDMT madde 2.4’ün ihlalinin doğuracağı sonuçlara tâbi olacak sporcuların yer aldığı bir RTP oluşturmuştur. TDMT madde 5.5.2’ye göre, TDMK, RTP’de yer alan sporcuların isme göre bir listesini hazırlayarak Doping Mücadele Uygulama ve Yönetim Sisteminde (ADAMS- Anti-Doping Administration and Management System) yayımlar. TDMK, RTP’ye dâhil etme ölçütlerini düzenli olarak gözden geçirir ve gerekli gördüğü takdirde günceller. Ayrıca, havuzda yer alan her bir sporcunun ilgili ölçütleri karşılamaya devam ettiğinden emin olmak amacıyla RTP’deki sporcuların listesini düzenli olarak (üç aydan geç olmayacak şekilde) gözden geçirir. Sporcular, RTP’ye dâhil edilmeden önce ve söz konusu havuzdan çıkarıldıklarında bilgilendirilir. Bu bildirim, ISRM’de belirtilen bilgiyi içerir.

Sporcu birden fazla kuruluşun yetki alanına girerse, WADA Kodu madde 5.5.3 gereği (WADA- World Anti-Doping Agency), sporcunun birden fazla kuruluşa bulunabilirlik bildirimini yapması gerekmeyecektir ve bu kuruluşlar kendi aralarında mutabakat yapacaktır.

WADA Kodu madde 5.5.4 gereği, ISRM’e uyarınca, RTP’deki her sporcu her üç ayda bir bulunabilirlik bildirimini yapacak, söz konusu bilginin her zaman doğru ve eksiksiz olmasını sağlamak amacıyla bu bilgiyi gerekli oldukça güncelleyecek ve bildirimlerinde belirtmiş olduğu yerlerde doping kontrolü için hazır bulunacaktır. Sporcu, sporu bıraktığına dair yazılı bir bildirimde bulunmadıkça ya da kendisine RTP’den çıkarıldığına dair yazılı olarak bildirim yapılmadıkça, ISRM uyarınca bulunabilirlik bildirimini konusundaki gerekliliklere uymayı sürdürmekle yükümlüdür.

Neticede RTP'ye kayıtlı olan sporcular için bulunabilirlik kusurları anti-doping kural ihlali uygulanabilir ve her sporcu, bilgileri ADAMS'a düzenli olarak girme ve güncelleme ve her gün belirlenen yerde 60 dakikalık zaman dilimi içerisinde test için hazır ve erişilebilir olma yükümlülüğü altındadır.

B. On İki Aylık Dönem İçerisinde Üç Kez Doping Kontrolünün Kaçırılması ve/veya Bildirim Kusuru İşlenmesi

WADA Kodunun 2.4 maddesindeki anti-doping kural ihlalinin oluşması için on iki aylık dönem içerisinde üç kez doping kontrolünün kaçırılması ve/veya bildirim kusuru işlenmesi gerekir. "On İki Aylık Dönem" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ise ISRM'de açıklanmıştır. ISRM madde B.1.2'ye göre, on iki aylık sürenin başlangıcı, sporcunun ilk bulunabilirlik kusurunun gerçekleştirdiği tarihtir. Süre bu tarihte işlemeye başlar. Takip eden on iki aylık süre içinde iki bulunabilirlik kusuru meydana gelirse, o on iki aylık süre içinde sporcudan başarılı bir şekilde alınan numunelere bakılmaksızın, madde 2.4'deki anti-doping kural ihlali işlenmiş olur. Ancak, bir bulunabilirlik kusuru işleyen sporcu on iki aylık süre içinde iki bulunabilirlik kusuru daha işlemezse, bu on iki aylık sürenin sonunda, ilk bulunabilirlik kusuru süresi dolar. Madde 2.4'ün amaçları doğrultusunda ve yeni bir on iki aylık süre, bir sonraki bulunabilirlik kusuru tarihinden itibaren işlemeye başlar.

Bu düzenlemede sorun oluşturabilecek tek husus aynı fiilin iki defa yaptırıma tabi tutulması riskidir. Örneğin, sporcu 01.01.2021, 01.09.2021, 01.03.2022, 01.08.2022 tarihlerinde bulunabilirlik kusuru işlemiş olduğunu kabul edelim. 01.01.2021 tarihinde gerçekleştirmiş olduğu bulunabilirlik kusuru ile on iki aylık süre başlamıştır. ISRM madde B.1.2'ye göre devam eden on iki aylık süre içerisinde iki bulunabilirlik kusuru daha işlerse anti-doping kural ihlali oluşmuş olacaktır. Diğer bulunabilirlik kusuru 01.09.2021 tarihidir ve bu bulunabilirlik kusurundan sonra on iki aylık sürenin bitim tarihi olan 31.12.2021 tarihine kadar başka bir bulunabilirlik kusuru yoktur. Dolayısı ile anti-doping kural ihlali oluşmamıştır. 01.09.2021 tarihi ilk bulunabilirlik kusuru olarak dikkate alındığında, bu tarihten sonra on iki aylık dönem içerisinde 01.03.2022 ve 01.08.2022 tarihlerinde iki bulunabilirlik kusuru daha işlenmiştir ve düzenlemenin lafzından anlaşılacağı üzere,

anti-doping kural ihlali oluşmuştur. Nitekim düzenlemeden anlaşılacağı üzere, bir sporcunun 12 aylık bir süre içinde yalnızca iki kusuru gerçekleştirilmesi durumunda, 12 aylık süre sona erdiğinde ilk kusurunun geçerliliği zorunlu olarak ortadan kalkar ve ikinci kusur tarihinden itibaren yeni bir 12 aylık süre başlar.² Bu halde, 01.09.2021 tarihli bulunabilirlik kusuru iki ayrı anti-doping kural ihlalinde değerlendirme konusu edilmiştir. Yani, aynı fiil iki farklı anti-doping kural ihlali içerisinde değerlendirilmiştir. Bu durum “ne bis in idem” ilkesinin ihlali olacak mıdır?³ “Ne bis in idem” ilkesinin anti-doping düzenlemeleri için de bağlayıcı olduğu CAS (CAS-Court of Arbitration for Sport) kararlarında vurgulanmıştır.⁴

Dopingle mücadelenin amacı sporcu sağlığının korunması ve adil bir rekabet ortamının sağlanmasıdır. Bu amaca ulaşırken çok istisnai durumlarda, insan haklarından ayırık düzenlemeler getirilebilir ve getirilmiştir. Ancak bu düzenlemeler hukukun temel ilkelerini ve insan haklarına dair temel ilkeleri ihlal edemez. Bulunabilirlik kusuruna ilişkin düzenlemeler de bu türden bir düzenlemedir. Bulunabilirlik kuralı sporcuların mahremiyet haklarını ihlal ediyor, serbestçe hareket etme yeteneklerini engelliyor ve onları sürekli gözetim altında tutuyor; bununla birlikte, müsabaka dışı testlere yönelik katı standartların uygulanması ihtiyacı, WADA tarafından sporda dopingin önlenmesi ve uluslararası ve Olimpiyat müsabakalarının bütünlüğünün ve onurunun korunması açısından temel bir gereklilik olarak değerlendirilmektedir.⁵

² Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021

³ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021 sayılı kararında bu şekilde bir tespit bulunmuş ancak, incelenen olayda böyle bir sorun olmadığını belirterek sorunun çözümüne dair herhangi bir açıklama yapmamıştır. Bir sporcunun aynı davranışı (bir kısmı) birden fazla kez dava konusu olacağından, böyle bir yorumun ne bis in idem ilkesini ihlal edeceği kuvvetle tartışılabilir olduğunu belirtmiştir.

⁴ Arbitrage TAS 2004/A/549 D. & Real Federacion Española de Gimnasia c. Fédération Internationale de Gymnastique, sentence du 27 mai 2004; Arbitration CAS 2011/O/2422 United States Olympic Committee v. International Olympic Committee (IOC), award of 4 October 2011.

⁵ James Halt, “Where is the Privacy in WADA’s “Whereabouts” Rule?,” *Marquette Sports Law Review*, (2009)20/1, 267-289, s. 267.

Amaçlanan hedefe ulaşabilmek için bulunabilirlik kusurlarına ilişkin yapılan düzenlemeler,⁶ ne bis in idem ilkesini ihlal etmez. Aksi halde, doping kontrollerine ilişkin süreç dikkate alındığında, sporcuların müsabaka dışı denetimi imkânsız olacaktır. Sporcu doping kontrollerinden rahatça kaçabilecektir. İkinci olarak da dopingle mücadele kuruluşunun soruşturmadaki yetkilerinin sınırlı oluşu dikkate alınmalıdır. Herhangi bir cumhuriyet savcısı gibi kamu gücü olmayan dopingle mücadele kuruluşları, sınırlı yetkileri ile dopingle mücadele etmektedir. Dopingle mücadelenin bir medeni hukuk ilişkisi temelli olduğunu da hatırlatarak, bu iki husus kapsamında ne bis in idem ilkesinin ihlal edilmediği kanaatindeyiz. Ve belirtmek gerekir ki salt sporcunun menfaatleri değil, sportif düzenin menfaatleri de dikkate alınarak yorum yapılması gerekir.

Kural ihlalinin oluşması için gerekli olan ikinci unsur ise doping kontrolünün kaçırılması ve/veya bildirim kusuru işlenmesidir. Sporcu her çeyrek dönemde nerede bulunduğu ilişkin bilgi vermek zorundadır. Bir yıl dört parçaya bölünmüş ve her üç aylık dönem için bildirim yapma zorunluluğu getirilmiştir. Sporcu herhangi bir doping kontrolü yapılmak istendiğinde, günün belli bir saatinde “altmış dakika” ile sınırlı olarak bulunduğu yerin bilgisini vermelidir. Bu altmış dakika içerisinde belirttiği adreste doping kontrolü için hazır bulunaçağını taahhüt etmektedir. Sporcu bu yükümlülüğünü ihlal ederse bulunabilirlik kusuru işlemiş olacaktır.

⁶ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021 ve CAS A2/2014 Drug Free Sport New Zealand (DFSNZ) v. Kris Gemmell, award of 1 December 2014 kararlarında belirtildiği üzere, bulunabilirlik rejimi, dopingle mücadelede çok önemli olan müsabaka dışı testler için sporcuların yerlerinin belirlenmesini sağladığı için sporda doping uygulamalarını tespit etmenin temel bir yoludur. Ayrıca, doğru yer bilgisi sağlanmasının ve belirtilen süre boyunca bölgede bulunmanın doping suçu şüphesine karşı temiz sporculara fayda sağladığı da bir gerçektir. Söz konusu sistemin sporculara özgürlük veya mahremiyetten fedakârlık getirirse de bu, dopingden arındırılmış bir spora katılımın faydalarından yararlanmak için hepsinin ödediği bir bedeldir. Bu nedenle tüm sporcular, sistemin güvenilirliğini ve bütünlüğünü sürdürmek ve temiz sporcuları korumak amacıyla, sporcunun herhangi bir nedenle bulunabilirlik yükümlülüklerine uymadığında sorumlu tutulmalıdır.

ISRM madde B.2.1’de de belirtildiği üzere, sporcunun RTP kapsamına alınması ile başlayan yükümlülüklerine ve nerede bulunduğu ilişkin bildirim yapma yükümlülüklerine aykırı davranması bulunabilirlik kusurudur. Bu yükümlülükleri kendisine tanınan sürenin sonuna kadar yerine getirmeyen sporcu bulunabilirlik kusuru işlemiş olacaktır. Sporcu bildirim yaparken nerede bulunduğu ilişkin güncellemeleri yapmalıdır. Örneğin, kamp veya müsabakaya katıldığı zaman dilimini belirterek güncelleneme yapması gerekir. Sporcu bildirimde bulunduğu adresin dışında herhangi bir yerde kamp yapacağı zaman bunu bildirmek zorundadır. Bu organizasyon herhangi bir federasyonun veya kulübün belirlediği bir yer ve zamanda olasa da sporcunun bildirim yükümlülüğü devam edecektir. Bağlı olduğu federasyonun resmi kamp programı dahi olsa sporcu bu bildirim yapmak zorundadır. Aksi halde, bildirim kusuru ve sporcunun ihmalkâr davrandığı kabul edilecektir.⁷ Bu sebeple sporcu en az 24 saat öncesinde, bildirimde bulunduğu yerin dışında başka bir yerde bulunacaksa bunu bildirmek zorundadır.

Sporcunun bildirim yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken düzenlemenin amacı dikkate alınmalıdır. Buradaki amaç, müsabaka dışında da sporcunun yasaklı madde veya yöntem kullanmasını engelmektir. Bu sebeple sporcu, bildirimde bulunurken iletişim bilgilerini doğru ve sağlıklı bir şekilde vermelidir ve adresnin ulaşılabilir olması için gerekli açıklamaları da yapması gerekir.⁸ Ulaşılması güç adres vermesi gibi durumlar, eylemin yoğunluğuna göre, WADA Kodu 2.5 madde ihlaline de yol açabilir.⁹

ISRM madde B.2.2 gereği, RTP’deki sporcunun bildirimde bulunduğu o gün için altmış dakikalık zaman dilimi içerisinde belirttiği yerde hazır bulunması gerekir. Test etmeye yetkili dopingte mücadele kuruluşu, belirtilen zaman dilimi içerisinde sporcuyla adreste bulamaz ise kaçırılmış test olarak olarak kayıtlara geçirilecektir. Sporcu böy-

⁷ Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu (TAFDK), 2023/1 Esas, 2023/1 Karar, 04.03.2023 Tarih.

⁸ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

⁹ Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2022/3 Esas, 2022/17 Karar, 17.05.2022 Tarih.

le bir zaman aralığında test edilirse, 60 dakikalık zaman aralığından daha uzun sürse bile, örnek alımı tamamlanana kadar sporcu orada kalmalıdır. Bunun yapılmaması, WADA Kodu madde 2.3'ün açık bir ihlali olacaktır.

ISRM madde B.2.4 gereği, kaçırılan testin kabul edilebilmesi için sporcuya, RTP'ye dahil edildiğinin ve belirtilen 60 dakikalık zaman aralığında test için müsait olmaması durumunda kaçırılan testten sorumlu olacağına bildirilmesi gerekir. Ayrıca 60 dakikalık zaman dilimi için belirtilen konumu, dopingle mücadele yetkilisi ziyaret ederek, söz konusu çeyrekte belirli bir günde sporcuyu test etmeye teşebbüs etmesi gerekir. Belirlenen 60 dakikalık zaman diliminde, doping kontrol yetkilisinin sporcuya test hakkında önceden herhangi bir bildirimde bulunmadan, sporcunun yerini tespit etmeye çalışmak için mevcut koşullar altında makul olanı yapması gerekir. Özellikle "sporcu tarafından seçilen yerin niteliği" göz önüne alınarak "durumun belirli koşullarında" makul olanı yaparak sporcunun yerini tespit etmeye çalışılmalıdır. Doping kontrol görevlisinin girişiminin makul olup olmadığına ilişkin değerlendirme, sporcu tarafından sağlanan bilgiler ışığında ve sporcunun nerede bulunduğu bilgilerini verme konusundaki titizlik göreviyle bağlantılı olarak ele alınmalı ve doping kontrol görevlisinin belirtilen yerde attığı adımlara objektif bir şekilde bakılmalıdır.¹⁰ Doping kontrol görevlilerinin herhangi bir özel çaba harcamadan yeri bulmasına olanak tanıyacak kadar doğru bilgi verilmesi gerekir. Son olarak bir sporcuyu test etmek için başarısız bir girişimde bulunulması durumunda, sonraki başarısız denemelerin, yalnızca söz konusu sporcuya daha önce bildirimde bulunulması durumunda kaçırılan doping kontrolü veya bildirim kusuru olarak sayılabilir. Bu hususların varlığı halinde kaçırılmış testten veya bildirim kusurundan bahsedilebilir.

II. YAPTIRIMIN BELİRLENMESİ

WADC ve alt düzenleyici talimatlarda yer alan kuralların esin kaynağı da birçok medeni milletçe kabul edilmiş ulusal hukuklardaki

¹⁰ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

temel ilkelerdir. Ancak Anti-doping düzenlemelerinin bir “lex sportiva” olduğu unutulmamalı ve kendi içerisinde yorumlanmalıdır; hiçbir ulusal veya uluslararası hukuk düzenlemesine göre yorum yapılmamalıdır.¹¹ WADA kuralları yorumlanırken, kuralların sadece lafzına göre değil, amacına göre yorumlanması ve uygulanması gerekir.¹² Bu sebeple yaptırım belirlenirken WADC’deki kural ve tanımlara uygun hareket edilmesi gerekir.

Sporcunun bulunabilirlik kusuru anti-doping kural ihlaline iki yaptırım uygulanmaktadır. Birincisi hak mahrumiyeti yaptırımı olup sporcunun belirli bir süre ile sınırlı olarak belirli sportif faaliyetleri yapmasının yasaklanmasıdır. İkinci yaptırım ise sonuçların iptal edilmesidir.

A. Hak Mahrumiyeti Yaptırımının Belirlenmesi

Anti-doping kural ihlallerinde, himaye edilen kişi gibi istisnai durumlar dışında, hak mahrumiyeti yaptırımın süresi kusur derecesine göre belirlenmiştir. Bulunabilirlik kusuru anti-doping kural ihlalinde, kusur derecesine göre yaptırım süresi 1 ilâ 2 yıl arasında değişmektedir.

Bulunabilirlik kusuru kasten veya ihmâl suretiyle işlenebilen bir anti-doping kural ihlalidir. Nitekim WADA Kodu madde 10.3.2 gereği, madde 2.4’ün ihlali durumunda, uygulanacak hak mahrumiyeti yaptırım süresi 2 (iki) yıldır ve sporcunun kusur derecesine bağlı olarak, 1 (bir) yıldan az olmamak kaydıyla, uygulanan yaptırımda indirim uygulanabilir. Ayrıca ISRM madde B.2.1./d ve B.2.4./e düzenlemeleri de bunu desteklemektedir. Nitekim bu düzenlemelerde, dopingle mücadele komisyonu ISRM’deki yükümlülüklerini yerine getirdiği zaman, sporcunun en azından ihmalkâr davrandığı kabul edilmektedir.

Medeni hukukta kusur, “*Hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için*

¹¹ WADC’de şu düzenleme yer almaktadır: “Bağımsız ve özerk bir metin olarak yorumlanmalı ve imzacıların veya hükümetlerin mevcut yasalarına veya tüzüklerine atıfta bulunulmamalıdır.”

¹² Arbitrations CAS 2016/A/4627 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Indian National Anti-Doping Agency (Indian NADA), Geeta Rani (Case I) & CAS 2016/A/4628 WADA v. Indian NADA, Geeta Rani (Case II) & CAS 2017/A/5283 WADA v. Indian NADA, Geeta Rani (Case III), award of 7 March 2018.

*iradesini yeteri derecede kullanmamak*¹³ şeklinde tanımlanmıştır. Kusur, hukuk düzeninin tasvip etmediği ve kınanabilir bulunduğu davranış olarak da tanımlanmıştır.¹⁴ Kınanabilirlik ise kişinin kaçınması gereken davranıştan kaçınmadığı yani, örnek davranıştan saptığı için kendisine toplum tarafından hukuk aracılığı ile sitem edilmesidir.¹⁵

Kusur kavramı, WADC “Tanımlar” başlığı altında, “bir yükümlülüğe riayet edilmemesi veya belirli bir durum için gereken özenin gösterilmemesi” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁶ Kusur, sporcunun veya diğer kişinin, dopinge mücadeleye dair bir yükümlülüğü isteyerek ihlal etmesi veya bu ihlalden kaçınmak için gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermemesidir.

WADC’de kusurun belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlara ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Önemli olanın, sporcunun veya diğer kişinin kusur derecesinin değerlendirilmesi esnasında “göz önünde bulundurulması gereken koşullar, sporcunun veya diğer

¹³ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.: II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014s. 53; Diğer tanımlar için bakınız: Selahatin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (7. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1993, s. 492; Haluk Tandoğan, Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), (1961 Tıpkı Bası), Ajans- Türk Matbaası, İstanbul 2010, s. 45; Selim Kaneti, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 Ankara, (s. 29-66), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980, s. 40; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 529; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 146.

¹⁴ Tandoğan, s. 8; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 492; Oğuzman/Öz, s. 14; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (6. Baskı), Turhan Kitapevi, Ankara 2018, s. 413.

¹⁵ Cengiz Koçhisaroğlu, Haksız Eylem Kusuru, Basılmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1990, s. 379.

¹⁶ “Kusur” kavramına ilişkin olarak daha önce yayımlanan çalışmamızda ayrıntılı bilgi yer almaktadır (Alparslan Şimşek, “Yasaklı bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Dopin Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2024)172, 161-226, s. 175 ve devamı.) Çalışmada, yasaklı bir madde veya yasaklı bir yöntemin tespit edilmesi, kullanılması veya kullanılmaya teşebbüs edilmesi veya bulundurulması anti-dopin kural ihlalleri için açıklama yapılırsa da temel ilkeler tüm anti-doping kural ihlalleri için geçerlidir. Bu sebeple, bu çalışmamızda açıklamalar kısa tutulmuştur.

kişinin beklenen davranış standardından sapmasını açıklamak açısından özgün ve konu ile ilişkili olması” olduğu belirtilmiştir.

Sporcunun sorumlu olabilmesi için eyleminin anti-doping kural ihlali ile neticeleneceği ihtimalinin idrakinde olması gerekir. Medeni hukukta, kusur ehliyeti olarak tanımlanan bu durumun tespiti ise sporcu veya diğer kişinin bağlı olduğu ulusal hukuka göre belirlenecektir.¹⁷ Ayırt etme gücünün geçici kaybından dolayı da sporcunun veya diğer kişinin bu duruma kendisini sokmasındaki kusuru dikkate alınacaktır.¹⁸

Sporcunun örnek davranışı sergilemesine engel teşkil eden zihinsel ya da fiziksel yeteneksizliğinin bir mazeret olarak kabul edilebilmesi için bu durumun kendi davranışından kaynaklanmaması gerekir. Sporcu, kişisel engeli nedeniyle gerekli özeni gösteremediğini ileri sürebilmesi için bu engelin öngörülemeyen ve önlenemez olması gerekir. Yani, sporcu kişisel özelliklerini, varsa engellerini nazara alarak hareket etmesi gerekmektedir.

Bir vakada kusur tespit edilirken eylemin meydana gelmesinden önce mevcut olan şartlara göre değerlendirme yapılır (ex ante değerlendirme). Ancak bu durum, sporcunun eylem öncesi, anı ve eylem sonrası davranışların, sporcunun veya diğer kişinin niyetini tespit etmekte kullanılamayacağı anlamına gelmez. Vaka öncesi veya sonrası sporcunun bir davranışı kusurun tespitinde dikkate alınabilir.¹⁹

Bulunabilirlik kusuruna ilişkin olarak kusur değerlendirmesi yapılırken her üç kusur için ayrı ayrı mı yoksa herhangi biri mi dikkate alınarak kusur tespiti gerekir? Bu konuda CAS kararları incelendiğin-

¹⁷ CAS Kodu R58 gereği, eğer taraflar arasında yetki ve uygulanabilecek hukuk seçilmemişse veya belirtilmemişse itiraz edilen kararı veren organın bulunduğu ülkenin yasalarına göre uyuşmazlığın çözülmesi beklenir. Ayrıca olayın gerçekleştiği zamana göre yürürlükte olan düzenlemelere göre uyuşmazlık çözülür.

¹⁸ Türk Borçlar Kanunu madde 59 uyarınca, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

¹⁹ Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2021/13 Esas, 2022/16 Karar, 17.05.2022 Tarih; Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2023/3 Esas, 2023/3 Karar, 03.10.2023 Tarih.

de, her iki şekilde de değerlendirme yapıldığını görmekteyiz. Standart yaptırımın aşağı çekilmesinde bulunabilirlik kusuruna ilişkin 12 aylık dönemdeki üç bulunabilirlik kusuruna ilişkin tüm koşulların dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiği belirtildiği gibi²⁰ herhangi bir bulunabilirlik kusurunun dikkate alınarak değerlendirme yapılabileceğini de belirtilmiştir.²¹ Yerelde de bazı Federasyon disiplin ku-

²⁰ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 WADA v. World Athletics & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021; Arbitrations CAS 2020/A/7528 Christian Coleman v. World Athletics, award of 15 April 2021; Arbitration CAS 2021/A/8391 Andrejs Rastorgujevs v. IBU, award of 26 August 2022; Arbitration CAS 2021/A/8459 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Polish Anti-Doping Agency (POLADA) & Jakub Krzewina, award of 17 October 2022.

²¹ Arbitration CAS 2022/A/9031 Stéphane Houdet v. International Tennis Federation CAS 2022/A/9137 International Tennis Federation v. Stéphane Houdet, award of 2 March 2023 kararında, düzenlemelerde sporcunun kusurunun belirlenmesinde üç bulunabilirlik kusurunun birleşiminin veya ayrı ayrı dikkate alınması gerekip gerekmediğini açıkça belirtmediğini belirterek şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “Bu soru, her bir bulunabilirlik kusurunun farklı olması ve kendi bireysel kusur derecesini taşıması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Herhangi bir olayın bulunabilirlik kusuru teşkil etmediği tespit edilirse, o zaman hiçbir ADRV söz konusu olmayacaktır. Üç testi kaçırın bir sporcunun iki testte yüksek derecede hataya sahip olması elbette mümkündür, ancak üçüncüde yalnızca minimum düzeyde hata olabilir. Bu, mümkün olan maksimum indirim garanti eder mi, yoksa örneğin dört aylık bir indirim (mevcut indirim süresinin üçte biri kadar) veya sekiz aylık bir indirim (genel iki aylık indirimin üçte biri kadar) gibi orantılı bir yaklaşım mı uygulanmalıdır? Bu konu tarafların yazılı beyanlarında ele alınmamış ancak duruşmada taraflarca gündeme getirilmiştir. IIF avukatı, kusuru değerlendirirken Hakemin kaçırılan her testi ayrı ayrı incelemesinin uygun olduğunu belirtti. Sporcunun avukatı bu görüşe itiraz etmedi. Bu yaklaşımın bir mantığı vardır: Eğer bir test durumunda ihmal karinesinin çürütülmesi tüm ADRV’yi ortadan kaldıracaksa, o zaman bir test durumunda çok düşük bir hata derecesi maksimum indirimi garanti edebilir (şunu not ederek: Sporcunun yine de minimum 12 aylık hak mahrumiyeti süresini çekmesi gerekecektir). Ayrıca, kusur derecesinin değerlendirilmesi, belirli bir sonuca yol açan belirli bir dizi koşulla ilgili olguların dikkate alınmasını gerektirir; Üç olayın birleşiminde kusurun derecesini değerlendirmek, analitik açıdan çürük olmasa da çok daha karmaşıktır. Matematiksel olarak orantılı bir yaklaşımın uygulanmasına yönelik bir alternatif, TA.DP’de özel olarak sağlanmamıştır ve bu, taraflardan herhangi biri tarafından da ileri sürülmemiştir. Bununla birlikte, Hakem, ADRV’yi oluşturan üç olaya ilişkin kusurun derecesini değerlendirme yaklaşımının esassız olmadığına bilincindedir. ADRV’yi oluşturan üç kusurun toplamıdır ve sporcunun ADRV’yi işlemedeki kusur derecesinin her üç olaydaki birikmiş kusurun bir sonucu olduğu ileri sürülebilir. Taraflarca belirlenmese de, Hakem, kusurun derecesi değerlendirilirken üç bulunabilirlik kusurunun da

rulullarında herhangi biri dikkate alınarak değerlendirme yapıldığını görmekteyiz.²² Yukarıda açıklandığı üzere, bulunabilirlik kusuru anti-doping kural ihlalinin oluşması için on iki aylık dönemde üç ayrı bulunabilirlik kusurunun bileşimi gereklidir. Bu bulunabilirlik kusurundan herhangi birinin eksilliği halinde anti-doping kural ihlali oluşmayacaktır. Bu sebeple herhangi bir bulunabilirlik kusuru dikkate alınarak kusur değerlendirmesi yapılması daha yerinde olacaktır.

Bulunabilirlik kusuruna ilişkin anti-doping vakasında kusurun tespitinde sporcunun deneyim düzeyi, fiziksel veya zihinsel özellikleri, anti-doping eğitimi, olayı çevreleyen mekânsal veya zamansal koşullar, öngörülebilirlik ve önlenebilirlik, farkındalık düzeyinin azalmasında dikkatsiz ve anlaşılabilir kişisel hatalar dikkate alınacaktır. Ancak bunlar sınırlı sayıda olmayıp somut olay gerçekleri dikkate alınarak değerlendirmeler yapılmalıdır. Ayrıca her kusur derecesi için farklı değerlendirmeler yapılmalıdır.

1. Sporcu Kusurunun Kast Derecesinde Olması

Bulunabilirlik kusuru işleyen bir sporcunun kusuru kast derecesinde ise uygulanacak hak yaptırım süresi 2 yıl olacaktır. Herhangi bir esneklik söz konusu olmayacaktır.

Medeni hukukta kast, kusurun en ağır derecesi olup failin hukuka aykırı sonucu bildiğini ve bu sonucu istediğini ifade etmektedir.²³ Eğer fail, doğrudan doğruya sonucu istemişse doğrudan kasttan²⁴ (dolus di-

dikkate alınması gerektiğini öne süren CAS içtihadının bilincindedir. Hakemin görüşüne göre, bu konuya ilişkin CAS içtihatı biraz belirsizdir ve her iki görüş için de desteklenebilir argümanlar mevcuttur. Bununla birlikte, Tarafların bu yargılamada benimsedikleri tutum, hakemin kusur değerlendirmesinde her olaya ayrı ayrı bakması gerektiği yönündeydi. Taraflar davalarını bu temelde yürütmüş ve buna göre sunumlarda bulunmuşlardır. Taraflar açısından adil olma adına, Hakem, bu hüküm konusunda mutabakata varılan esasa göre hareket eder: hak mahrumiyeti süresinin azaltılmasına ilişkin değerlendirmedeki kusur derecesi, her bir bulunabilirlik kusuru dikkate alınarak ayrı ayrı belirlenebilir; öyle ki, herhangi bir indirim ADRV ile sonuçlanan bulunabilirlik kusurlarından herhangi birindeki kusur derecesinin değerlendirilmesinde uygulanmalıdır.”

²² Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2020/1 Esas, 2020/1 Karar, 0702.2020 Tarih.

²³ Oğuzman/Öz, s. 55; Kaneti, s. 52; Kılıçoğlu, s. 224; Eren, s. 574; İmre, s. 26.

²⁴ Oğuzman/Öz, s. 55; Eren, s. 574.

rectus), eğer fail, sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber bu sonucun meydana gelmesi ihtimalini göze alarak hareket etmişse dolaylı kasttan (dolus eventualis) söz edilir.²⁵

WADA Kodu madde 10.2.3'e göre kast, "sporçunun veya diğer kişinin, bir anti-doping kuralını ihlal ettiğini bildiği veya ilgili fiilin bir dopingle mücadele kural ihlali oluşturabileceği veya bir dopingle mücadele kural ihlali ile sonuçlanabileceği yönünde, açık bir şekilde göz ardı edilmiş, belirgin bir riskin bulunduğunu bildiği bir eylemde bulunması" şeklinde tanımlanmıştır.

Sporcu veya diğer kişinin kastı, dış dünyaya yansıyan davranışlarından hareketle saptanabilir. Kastın tespiti için kural düzeyinde ölçütler değil, olayın özelliklerine ve bu özellik içindeki ayrıntıların niteliklerine göre değerlendirilmeler yapılarak sonuca gidilmesi gerekir.²⁶

Dopingle mücadele komisyonu tarafından iddianın ciddiyeti ile orantılı olarak kastın varlığını açık ve ikna edici ispat standardı ile ispat edecektir. Dopingle mücadele komisyonu, doğrudan veya dolaylı kastı ispat edecektir. Bir sporçunun davranışının bir anti-doping kural ihlali oluşturabileceği veya bununla sonuçlanabileceği bir durumun bulunması ve sporçunun bu riski açıkça göz ardı etmesinin ispatı yeterlidir. Bunun tespiti için sporçunun göreceli deneyim düzeyi (spor ve anti-doping kural ihlali ile ilgili), sporçunun genel anti-doping eğitimi (veya eksikliği), olayı çevreleyen koşullar ve çeşitli katılımcıların ve tanıkların ifadeleri gibi hususlar dikkate alınabilir. Bu hususlar sıyrıklı sayıda olmayıp her olay için farklı durumların olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

Sporçunun deneyim düzeyi kastın belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlardan biridir. Profesyonel sporcu ile amatör sporçunun beklenen davranış standardından sapması aynı değerlendirmelere tabi tutulamaz.²⁷ Profesyonel sporcular, sporu meslek olarak yaparken

²⁵ Oğuzman/Öz, s. 55; Tandoğan, s. 47; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 493; Eren, s. 574; Hatemi/Gökyayla, s. 146.

²⁶ Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2021/13 Esas, 2022/16 Karar, 17.05.2022 Tarih; Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2023/3 Esas, 2023/3 Karar, 03.10.2023 Tarih.

²⁷ Arbitration CAS 2019/A/6249 Roman Balandin v. Association Russian Anti-Doping Agency, award of 13 September 2019.

amatör sporcular zevk, eğlence, sağlık vs. sebeplerle yaparlar.²⁸ Bir işin meslek olarak yapılması halinde, o kişiden, icra etmiş olduğu meslekle ilgili olarak daha dikkatli ve özenli davranılması beklenir. Ancak, sportif dürüstlüğüne bağlı kalmak amatör ve profesyonel sporcular için geçerliliğini sürdürecektir.²⁹ Bu sebeple yapılacak değerlendirme gerçekçi olmalı ve somut olay açısından ciddi bir ayırıcı unsur olmalıdır.

Sporcunun genel anti-doping eğitimi veya eksikliği de kastın belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlardandır. Bir sporcunun anti-doping kural ihlalini bilmediğini iddia etmesi kabul edilemez; ancak, kastın varlığı veya yokluğunun tespitinde bu dikkate alınabilir.³⁰

Olayı çevreleyen koşullar ve çeşitli katılımcıların ve tanıkların ifadeleri kastın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Yani, zamansal ve mekânsal koşullar her olay özelinde dikkatli bir şekilde değerlendirilerek sonuca gidilmelidir. Sporcunun geçmişi ve karakteri, iyi niyet söylemleri kastın varlığı veya yokluğunda dikkate alınmaz.³¹

Tüm bu değerlendirmeler neticesinde, sporcunun bildirim yükümlülüklerine ilişkin kabul edilemez düzeyde kayıtsızlık ve endişe verici derecede ilgisiz bir yaklaşımı varsa hak mahrumiyeti süresinden

²⁸ Profesyonel ve amatör sporcu kavramları için bakınız: Alparslan ŞİMŞEK, Spor Müsabakalarında Sporcuların Yaralanmasından ve Ölmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2013, s. 26.

²⁹ Amatör, profesyonel sporcu ayırımın bedensel zararlardan kaynaklanan sorumluluğunun tespitinde de dikkate alındığını görmekteyiz. Profesyonel sporcu ile amatör sporunun dikkat ve özen yükümlülüğünün aynı olmayacağı vurgulanmıştır (Ayrıntılı bilgi için bakınız: Alparslan ŞİMŞEK, “Spor Müsabakalarında Meydana Gelen Bedensel Zararlarda Sporcunun Dikkat ve Özen Yükümlülüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2015)121, 381-402; Şimşek, Spor Müsabakalarında Sporcuların Yaralanmasından ve Ölmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, s. 127).

³⁰ Arbitration CAS 2019/A/6249 Roman Balandin v. Association Russian Anti-Doping Agency, award of 13 September 2019; Arbitration CAS 2020/A/7536 Ashley Kratzer v. International Tennis Federation (ITF), award of 15 June 2021.

³¹ Arbitrations CAS 2020/A/7579 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Swimming Australia, Sport Integrity Australia & Shayna Jack and CAS 2020/A/7580 SIA v. Shayna Jack & SA, award of 16 September 2021; Belirli bir ispat standardı için zorunlu olan delil standardına ulaşmayan bir delilin, bu unsurlar ile belirlenen ispat standardına ulaşamayacağını belirterek delilin güvenilirliğinin sorgulanması için kullanılabilirliğine dair bakınız Arbitration CAS 2022/A/9031 Stéphane Houdet v. International Tennis Federation CAS 2022/A/9137 International Tennis Federation v. Stéphane Houdet, award of 2 March 2023.

indirime gidilmez.³² Bu durumdan yükümlülüklerini açıkça göz ardı ettiği sonucu çıkar.

2. Sporcu Kusurunun İhmal Derecesinde Olması

WADA Kodu madde 10.3.2 gereği, madde 2.4'ün ihlali durumunda, uygulanacak hak mahrumiyeti yaptırımı süresi 2 (iki) yıldır ve sporcunun kusur derecesine bağlı olarak, 1 (bir) yıldan az olmamak kaydıyla, uygulanan yaptırımda indirim uygulanabilir. Bu durumda sporcu veya diğer kişi, önemli bir kusur veya ihmalin olmadığını veya daha düşük bir seviyede ihmalinin olduğunu ispat ederse yaptırım 2 yılın da altına düşecektir. Ancak, her halde yaptırım, bir yılın altına düşürülemez.³³

12 ilâ 24 ay arası yaptırım belirlenirken sporcunun kusur derecesi dikkate alınacaktır. Ancak, eğer ki sporcunun teste girmekten kaçınmaya veya bazı doping uygulamalarını maskeleyemeye çalıştığını kanıtlayacak bir kanıt varsa standart hak mahrumiyeti süresini kısaltmak için takdir yetkisi ve esneklik olmayacaktır.

Medeni hukukta ihmal, failin, hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen, bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeteri derecede kullanmaması, hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesidir.³⁴ Yani, zararlı sonucu istememekle beraber, bu sonucun meydana gelmemesi için durum ve koşulların gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesine ihmal denir.³⁵

³² Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 WADA v. World Athletics & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

³³ Arbitration CAS 2013/A/3241 World Anti Doping Agency (WADA) v. Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI) & Alice Fiorio, award of 22 January 2014 kararında belirtildiği üzere, madde 2.4'ün ihlalinin yaptırımı, en az bir yıl ve en fazla iki yıllık bir hak mahrumiyeti süresidir. Önemli bir kusur veya ihmale dayanmayan hak mahrumiyeti süresinin azaltılmasına ilişkin hüküm, 2.4 maddesinin ihlaline ilişkin yaptırımın bir yılın altına indirilerek daha da azaltılması için uygulanamaz.

³⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 494; Oğuzman/Öz, s. 56; Kılıçoğlu, s. 225, Eren, s. 576.

³⁵ Eren, s. 580; Oğuzman/Öz, s. 56; Kılıçoğlu, s. 415; Hatemi/Gökyayla, s. 147; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2003/11-756 Esas, 2003/743 Karar, 10.12.2003 Tarih.

Kusurun ihmâl derecesi ağır, orta ve hafif ihmâl olmak üzere kendi içerisinde üçe ayrılır.³⁶ Ağır ihmâl, failin en temel dikkat kurallarını ihlâl etmesi ve böylece aynı yerde ve aynı koşullar altında bulunan her makul kişinin fark edeceği hususları dikkate almaması durumudur. Orta ihmâlde ise fail, en temel, her makul kişinin riayet etmekle yükümlü olduğu özen yükümlülüğünü ihlâl etmekle beraber, ihmâlin alt sınırından az bir farkla değil, fazla aşmıştır. Yani, en temel dikkat kuralını ihlâl etmemiştir ancak fail ile aynı koşullar altında bulunan kişiden somut olarak beklenen özen ölçüsüne de riayet etmemiştir.³⁷ Hafif ihmâl ise faille aynı şartlar altında bulunan herkesin değil, dikkatli kişilerin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesidir.³⁸ Fail, dikkat ve özen göstermiş ancak kendisinden beklenen derecede dikkat ve özen göstermemiştir. Failin davranışı ile ortalama tipin örnek davranışı arasındaki fark azdır.

ISRM'deki "ihmalkâr" kavramına ilişkin herhangi bir tanım bulunmamaktadır. İhmalkâr kavramının açıklaması için WADC'de yer alan düzenlemelerin dikkatene alınmasında herhangi bir hatalı durum olmayacaktır. WADC'deki önemli kusur veya ihmâlin olmaması, kusur veya ihmâlin olmaması kavramlarında yola çıkarak açıklamalar yapılabilir. WADC'de "tanımlar" başlığı altında önemli kusur veya ihmâlin olmaması sporcunun veya diğer kişinin mevcut koşulların tamamı ve kusur veya ihmâl olmamasına ilişkin ölçütler göz önüne alındığında, kendi kusur veya ihmâlinin dopingle mücadele kural ihlâli açısından ciddi boyutta olmadığını kanıtlaması olarak tanımlanmıştır. Kusur veya İhmâl Olmaması ise sporcunun veya diğer kişinin yasaklı bir maddeyi kullandığını veya yasaklı bir yöntemin kendisine uygulandığını bilmediğini veya bir dopingle mücadele kuralını diğer şekillerde ihlâl etmiş olduğunu bilmediğini veya bu durumdan şüphelenmediğini ve son derece dikkatli davranmasına rağmen bunu bilmesinin veya bundan şüphelenmesinin makul olarak mümkün olmadığını kanıtlaması olarak tanımlanmıştır. Bu iki düzenlemeden yola çıkarak ihmâl kavramı, sporcunun bulunabilirlik kusuru anti-doping kural ihlâlinin oluşmaması için iradesini yeteri derecede kullanmama-

³⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2014/33535 Esas, 2016/10473 Karar, 26.4.2016 Tarih.

³⁷ Eren, s. 580.

³⁸ Tandoğan, s. 55.

sı, hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesi şeklinde tanımlanabilir. Sporcunun ihmali de önemli, orta ve hafif olmak üzere üç dereceye ayrılacaktır.

Bu şekilde sporcunun kusur derecelerini belirledikten sonra, vakanın hangi kusur kategorisine girebileceğini belirlemek için hem objektif hem de sübjektif unsurların dikkate alınması gerekir.³⁹ Objektif unsur, sporcunun durumundaki makul bir kişiden ne tür bir dikkat ve özen yükümlülüğü standardının beklenebileceğini işaret eder. Sübjektif unsur ise sporcunun kişisel kapasiteleri ışığında söz konusu sporcudan ne beklenebileceğini işaret eder.

Yasaklı bir madde veya yasaklı bir yöntemin tespit edilmesi, kullanılması veya kullanılmaya teşebbüs edilmesi veya bulundurulması anti-dopin kural ihlallerinde CAS, belirli bir vakanın ilgili üç kategoriden hangisine gireceğinin belirlenmesinde objektif unsurun öncelikli olması gerektiğini ve sübjektif unsurun da daha sonra belirli bir sporcuyu o kategoride yukarı veya aşağı taşımak için kullanılabileceğini belirtmiştir.⁴⁰ Ancak, istisnai durumlarda, sübjektif unsurların önemli olduğunu ve sporcuyu yalnızca belirli bir kategorinin en uç noktasına değil, aynı zamanda tamamen farklı bir kategoriye de taşıyabileceğini belirtmiştir. Yani, somut vakada öyle bir sübjektif unsur olabilir ki kusur düzeyi bir anda en altta yer alabileceği gibi, en üstte de yer alabilir veya hiç kusur verilmeyebilir.

Aynı değerlendirmelerin bulunabilirlik kusuru anti-doping kural ihlalinde de uygulanabilir. Kusur derecesinin belirlenmesinde objektif kriterler esas alınırken sübjektif unsurların da sonuç yaptırımı belirlemede kusur derecesi içinde aşağı yukarı doğru yaptırımı belirlenmede esas alınmalıdır. Ancak bu her durum için geçerli kabul edilecek bir durum değildir. Kural olarka bunun kabul edilmesi gerekir ve her olay kendi içerisinde, kendi gerçekleri ile ele alınmalıdır.

³⁹ Şimşek, "Yasaklı bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Dopin Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru", s. 211.

⁴⁰ Şimşek, "Yasaklı bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Dopin Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru", s. 211.

a. Önemli İhmal ve Yaptırım Aralığı

WADC'de "tanımlar" başlığı altında önemli kusur veya ihmalin olmaması sporcunun veya diğer kişinin mevcut koşulların tamamı ve kusur veya ihmal olmamasına ilişkin ölçütler göz önüne alındığında, kendi kusur veya ihmalinin dopinge mücadele kural ihlali açısından ciddi boyutta olmadığını kanıtlaması olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, sporcunun ihmali, anti-doping kural ihlali açısından ciddi boyutta ise önemli ihmalin varlığı kabul edilecektir. Bu durumda, sporcu, eyleminin anti-doping kural ihlali oluşturacağı yönündeki en temel dikkat kurallarını ihlal etmiş olacaktır. Sporcu, aynı yerde ve aynı koşullar altında bulunan her makul sporcunun göstereceği dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinde önemli ihmalinin varlığı kabul edilecektir.⁴¹

Sporcunun kusur derecesinin bu denli yüksek olması yani, kusur derecesi önemli ihmal ise 20 aydan fazla ve 24 aya kadar bir yaptırım aralığında yaptırım uygulanacaktır ve orta/normal derecede standart yaptırım 22 aylık hak mahrumiyetidir.⁴²

b. Normal/Orta İhmal ve Yaptırım Aralığı

Normal/Orta ihmalde sporcu, her makul sporcunun uymakla yükümlü olduğu dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmekle beraber, ihmalin alt sınırından az bir farkla değil, fazla uzaklaşmış olmasıdır. Burada sporcu, en temel dikkat kuralını ihlal etmemiştir ancak kendisi ile aynı koşullar altında bulunan sporcudan somut olarak beklenen özen ölçüsüne de riayet etmemiştir.

Sporcunun kusur derecesi normal/orta ihmal ise 16 aydan fazla ve 20 aya kadar bir yaptırım aralığında yaptırım uygulanacaktır ve orta/normal derecede standart yaptırım 18 aylık hak mahrumiyetidir.⁴³

⁴¹ Arbitration CAS 2016/A/4416 Fédération Internationale de Football Association (FIFA) v. Confederación Sudamericana de Fútbol & Brian Fernández, award of 7 November 2016 (operative part of 8 July 2016).

⁴² Arbitrations CAS 2020/A/7528 Christian Coleman v. World Athletics, award of 15 April 2021; American Arbitration Association (AAA), Case Number: 01-22-0005-2588, United States Anti-Doping Agency v. Kanak Jha, 15 March 2023.

⁴³ Arbitrations CAS 2020/A/7528 Christian Coleman v. World Athletics, award of 15 April 2021; American Arbitration Association (AAA), Case Number: 01-22-0005-2588, United States Anti-Doping Agency v. Kanak Jha, 15 March 2023.

c. Hafif İhmal ve Yaptırım Aralığı

Hafif ihmal, sporcu ile aynı şartlar altında bulunan herkesin değil, daha dikkatli bir sporcunun göstereceği dikkat ve özenin gösterilmesidir. Sporcudan beklenen derecede dikkat ve özen gösterilmediği için sporcu sorumlu tutulmaktadır. Sporcunun segilemiş olduğu davranış ile ortalama tipin örnek davranışı arasındaki fark azdır. Küçük bir dikkatsizlik söz konusudur.

Sporcunun kusur derecesi hafif ihmal ise 12 aydan fazla ve 16 aya kadar bir yaptırım aralığında yaptırım uygulanacaktır ve orta/normal derecede standart yaptırım 14 aylık hak mahrumiyetidir.⁴⁴

d. Önemli, Normal/Orta, Hafif İhmalin Tespitinde Objektif Kriterler

WADA Kodu madde 5 ve ISRM'ye göre, sporcudan bir "yükümlülük" veya "özen" beklenmektedir. Bu yükümlülük, her gün için üç ayda bir yeterli ve doğru nerede bulunduğu bilgisini sağlama ve güncelleme görevidir. Sporcunun nerede olduğu ile ilgili yükümlülükleri sporcuların beklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün çıkış noktasıdır.⁴⁵ Altmış dakikalık bir zaman dilimi boyunca, habersiz testler için mevcut, hazır ve erişilebilir olmak sporcunun yükümlülüğüdür. Bu sebeple, bu bilgilerin yanlış bildiri mi veya güncellenmesinden nihai olarak sporcu sorumludur. Örneğin, yanlış adres belirtilmesi nedeniyle mevcut ve erişilebilir olmama durumu, sporcunun ihmalinden kaynaklanmış sayılacaktır. Mevcut koşulların tamamı ve kusur veya ihmal olmamasına ilişkin ölçütler göz önüne alınarak sporcunun kusuru değerlendirilecektir.⁴⁶

⁴⁴ Arbitrations CAS 2020/A/7528 Christian Coleman v. World Athletics, award of 15 April 2021; American Arbitration Association (AAA), Case Number: 01-22-0005-2588, United States Anti-Doping Agency v. Kanak Jha, 15 March 2023.

⁴⁵ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021; Arbitrations CAS 2020/A/7528 Christian Coleman v. World Athletics, award of 15 April 2021.

⁴⁶ Arbitrations CAS 2020/A/7528 Christian Coleman v. World Athletics, award of 15 April 2021 sayılı kararında, sporcunun deneyimi, sporcunun reşit olup olmadığı, özel hususlar, sporcunun algılaması gereken risk derecesi, algılanan risk düzeyinin ne olması gerektiğine ilişkin olarak sporcunun gösterdiği özen ve araştırma düzeyi kusurun belirlenmesinde dikkate alınabileceği belirtilmiştir.

Bir sporcu “en üst düzeyde dikkatli ve özenli” davranmakla yükümlüdür. WADA düzenlemelerinde soyut ve ortalama bir tip davranış belirlenmiş ve bu davranıştan sapma hali kusurun objektif unsurunu belirlemiştir.

Sporcu, davranışının bulunabilirlik kusurları anti-doping kural ihlali oluşturacağını “öngörüp bundan kaçınmadığı” için kusurludur. Davranışının kural ihlali olduğunu öngördüğü halde kaçınmıyor ise dolaylı kastı vardır. Bu sonuca varmak için objektif kriterler dikkate alınacaktır. Sporcunun göstermesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğünün biçim ve derecesi, somut olay koşullarına bağlı olsa da sporcudan sporcuya değişen bir yükümlülük değildir. Yani, kusur değerlendirilmesi yapılırken esas alınan davranış vakadaki sporcunun davranışı değil, soyut bir tip davranıştır. Aynı şartlar altında ilgili sporu icra eden makul, dürüst ve orta zekalı bir sporcunun davranışı esas alınarak kusur değerlendirmesi yapılacaktır.⁴⁷ Nitekim herhangi bir faaliyetin gerçekleştirilmesinde herkesin orta zekalı, makul bir kişinin sahip olduğu fiziksel ve zihinsel becerileri göstermesi beklenir. Neticede objektif kusur düzeyi, sporcunun durumundaki makul bir kişiden ne tür bir dikkat ve özen standardının beklenebileceğine işaret eder.⁴⁸

Doping vakalarına ilişkin CAS içtihatlarına bakıldığında, önemli kusurun olmadığını tespit etme eşiği aşırı derecede yüksek ayarlanmaması gerektiği belirtilmiş ve aksi düşüncede yargılama yetkisine sahip kurulun çeşitli yaptırımlar kapsamında uygun bir hak mahrumiyeti süresi belirlenmesinin imkânsız olacağı belirtilmiştir.⁴⁹ Sporcunun belirli koşullar altında herhangi bir sporcunun alabileceği açık ve bariz önlemleri alması durumunda önemli kusur veya ihmalin olmama

⁴⁷ Şimşek, “Yasaklı bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Doping Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru”, s. 211.

⁴⁸ Arbitrations CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. International Tennis Federation (ITF) & CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (NADO) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018; CAS 2018/A/5739 Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022.

⁴⁹ Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022; Arbitration CAS 2016/A/4643 Maria Sharapova v. International Tennis Federation (ITF), award of 30 September 2016; Arbitration CAS 2005/A/847 Hans Knauss v. FIS, award of 20 July 2005.

eşiğinin karşılandığı belirtilmiştir.⁵⁰ Nitekim en üst düzeyde dikkatli olma görevinden sapma, tek başına sporcunun ihmalinin “önemli” olduğu anlamına gelmez.⁵¹ Sporcudan beklenecek özen ölçüsü de makul olmalı ve sporcunun bilemeyeceği bir durum dolayısı ile sorumluluk tesis edilmemelidir.⁵²

Sporcunun sorumluluğu, sadece kendi davranışlarını değil, yükümlülüklerini devrettiği kişilerin davranışlarını da kapsar. Bildirime ilişkin yükümlülüklerini üçüncü bir tarafa devreden bir sporcu, bu üçüncü tarafça yapılan her türlü hataya ilişkin tüm riskleri üstlenir.⁵³ Sporcu, bildirimlerinde beyan edilen yerde doping kontrolü için hazır bulunmasını sağlamaktan her zaman kişisel olarak sorumlu olacaktır. Sporcunun ilgili dönem için olan sorumluluğunu üçüncü bir tarafa devretmesi ve üçüncü kişi tarafın doğru bilgiyi vermemesi veya daha önce yaptığı bildirim güncellememesi, kaçırılan doping kontrolü iddiasına karşı bir savunma teşkil etmeyecektir.⁵⁴

WADA Kodunun 2.4. maddesinin sonuç yönetimini düzenleyen ISRM madde B.2.1./d ve B.2.4./e düzenlemelerinde, doping mücadele komisyonu ISRM’deki yükümlülüklerini yerine getirdiği zaman, sporcunun en azından ihmalkâr davrandığı kabul edilmektedir. Bu durumda, madde B.2.4.’ün a ilâ d alt maddelerinde belirtilen hususla-

⁵⁰ Arbitration CAS 2016/A/4416 Fédération Internationale de Football Association (FIFA) v. Confederación Sudamericana de Fútbol & Brian Fernández, award of 7 November 2016 (operative part of 8 July 2016); Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022.

⁵¹ Arbitration CAS 2016/A/4643 Maria Sharapova v. International Tennis Federation (ITF), award of 30 September 2016; Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022; Advisory opinion CAS 2005/C/976 & 986 Fédération Internationale de Football Association (FIFA) & World Antidoping Agency (WADA), 21 April 2006; CAS 2015/A/4059; Arbitration CAS 2016/A/4840 International Skating Union v. Alexandra Malkova, Russian Skating Union & Russian Anti-Doping Agency, award of 6 November 2017.

⁵² Arbitration CAS 2019/A/6482 Gabriel da Silva Santos v. Fédération Internationale de Natation (FINA), award of 14 February 2020.

⁵³ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

⁵⁴ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

rın, dopingle mücadele komisyonunca kanıtlanması üzerine, sporcunun ihmalkâr davrandığı varsayılacaktır. Bu karine, yalnızca sporcunun herhangi bir ihmalkâr davranışının olmadığını kanıtlamasıyla çürütülebilir. Aynı şekilde, ISRM madde B.2.1./d gereği, sporcunun bildirimde bulunmamasının en azından ihmalkâr olduğunu gösterir. Bu durumda, sporcunun gereklilikler konusunda bilgilendirildiği ancak bunlara uymadığının kanıtlanması üzerine, sporcunun fiili ihmalkâr olarak işlediği kabul edilecektir. Bu karine, yalnızca sporcunun hiçbir ihmalkâr davranışının olmadığını veya katkıda bulunmadığını ispat etmesiyle çürütülebilir. Bu durumda da sporcu, karşı ispat ile ihmalkâr bir davranışının olmadığını ispat etmek zorundadır.⁵⁵ Güvenilir herhangi bir delil ile bu ispat yükümlülüğünü yerine getirebilir.

ISRM madde B.2.4 gereği, kaçırılan testin kabul edilebilmesi için sporcuya, RTP'ye dahil edildiğinin ve belirtilen 60 dakikalık zaman aralığında test için müsait olmaması durumunda kaçırılan testten sorumlu olacağına bildirilmesi gerekir. Ayrıca 60 dakikalık zaman dilimi için belirtilen konumu, dopingle mücadele yetkilisi ziyaret ederek, söz konusu çeyrekte belirli bir günde sporcuyu test etmeye teşebbüs etmesi gerekir. Aksi halde kaçırılmış bir test iddiasında bulunulamaz. Ayrıca sporcu, bildirdiği yerde bulunma ihtimalini olasılık düzeyinde ispat ederse bulunabilirlik kusuru kabul edilmez. Bu halde, doping kontrol yetkililerinin bildirilen adrese gitmeleri gerekir.

Belirlenen 60 dakikalık zaman diliminde, doping kontrol yetkilisinin sporcuya test hakkında önceden herhangi bir bildirimde bulunmadan, sporcunun yerini tespit etmeye çalışmak için mevcut koşullar altında makul olanı yapması gerekir. Özellikle "sporcu tarafından seçilen yerin niteliği" göz önüne alınarak "durumun özel koşullarında" makul olanı yaparak sporcunun yerini tespit etmeye çalışılmalıdır. Doping kontrol görevlisinin girişiminin makul olup olmadığına ilişkin değerlendirme, sporcu tarafından sağlanan bilgiler ışığında ve sporcunun nerede bulunduğu bilgilerini verme konusundaki titizlik göreviyle bağlantılı olarak ele alınmalı ve doping kontrol görevlisi-

⁵⁵ Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 04.03.2023 Tarih, 2023/2 Esas, 2023/2 Karar; Arbitration CAS 2022/A/9031 Stéphane Houdet v. International Tennis Federation CAS 2022/A/9137 International Tennis Federation v. Stéphane Houdet, award of 2 March 2023.

nin belirtilen yerde attığı adımlara objektif bir şekilde bakılmalıdır.⁵⁶ Doping kontrol görevlilerinin herhangi bir özel çaba harcamadan yeri bulmasına olanak tanıyacak kadar doğru bilgi verilmesi gerekir. Nitekim WADA Rehberi madde 9.2.1'e göre, 60 dakikalık zaman dilimi içerisinde bir sporcunun yerini tespit etmek için yapılan makul bir girişimin ne olduğu önceden belirlenemez, bu durum mutlaka olayın özel koşullarına bağlı olacaktır. Söz konusu zaman dilimi için ve özellikle de sporcunun o zaman dilimi için seçtiği yerin niteliği önemlidir.

Sporcu tarafından seçilen yerin niteliği konusunda, sporcuların kendilerini doping kontrol görevlisinin yerine koymaları gerekir ve sporcu, seçilen belirli bir yerde doping kontrol görevlilerinin karşılaşılabileceği olası zorlukları önceden öngörme ve ortadan kaldırma konusunda gayretli olmalıdır.⁵⁷ ISRM'deki düzenlemeler açıkça bu yükümlülüğü belirtmektedir. Doping kontrol görevlisinin belirlenen lokasyonu bulması için doğru ve yeterli bir ayrıntı içerecek şekilde bildirim yapılmalıdır. Sporcunun potansiyel zorlukları öngörme ve azaltma konusundaki titizlik görevi ile bağlantılı olarak bu yükümlülük yerine getirilmelidir ve bu yükümlülük ilgili sporcunun kişisel durumu ve/veya belirlenen yerde fiilen bulunup bulunmaması ile ilgili bir durum değildir.⁵⁸ Her halükarda, bir sporcu gerçekte o yerde mevcut olsa bile, sporcunun müsait ve erişilebilir olduğunu göstermesi gerekir.⁵⁹ Neticede bildirdiği yerin erişilebilir olması yükümlülüğü sporcuya aittir⁶⁰ ve sporcu, olasılık dengesi ispat standardına göre, ilgili zaman

⁵⁶ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021; Arbitration CAS 2021/A/8391 Andrejs Rastorgujevs v. International Biathlon Union (IBU), award of 26 August 2022.

⁵⁷ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021; Arbitration CAS 2021/A/8391 Andrejs Rastorgujevs v. International Biathlon Union (IBU), award of 26 August 2022.

⁵⁸ CAS A2/2014 Drug Free Sport New Zealand (DFSNZ) v. Kris Gemmell, award of 1 December 2014.

⁵⁹ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

⁶⁰ Arbitration CAS 2007/A/1318 Anthony Lobello v. International Skating Union (ISU), award of 6 December 2007; Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency

diliminde belirtilen yerde mevcut ve erişilebilir olmamasının kendi ihmaliinden kaynaklandığı varsayımını çürütmek zorundadır.⁶¹

Sporcu tarafından yazı hatası gibi iddialarda kabul edilemez. Böyle bir hata hafife alınmamalıdır; aksi takdirde hile yapan bir sporcunun sürekli olarak yarışma dışı kontrollerden veya bildirim kusurunun sonuçlarından kaçması çok kolay olacaktır.⁶² Ayrıca sporcunun yer değişikliği için de makul olanı yaptığını ispat etmesi gerekir.⁶³

Son olarak bir sporcuyu test etmek için başarısız bir girişimde bulunulması durumunda, sonraki başarısız denemelerin, yalnızca söz konusu sporcuya daha önce bildirimde bulunulması durumunda kaçırılan doping kontrolü veya bildirim kusuru olarak sayılabilir. Bu hususların varlığı halinde kaçırılmış testten veya bildirim kusurundan bahsedilebilir.

e. Kusur Derecesinin Yaptırım Aralığındaki Sonuç Yaptırımı Belirlemede Sübjektif Kriterler

Sübjektif kriter, “kendi özel durumu ışığında o sporcudan ne beklenebileceğine” işaret etmektedir. Hukuki olarak bir kimseden yapabileceğinden fazlasını istemek ve bunu yapamadığı için kınamak, kusurun ve sorumluluğun ahlaki niteliğine aykırıdır. Sorumluluk için kişinin davranışını yönlendirebilme olanağına sahip olması gerekir. Yani, davranışının da somut olarak bu kişiye yüklenmesi gerekir.

Sübjektif kriterlerde, soyut ve ortalama tip davranış değil, sporcunun bizatihi kendisi dikkate alınır. Kusur belirlenirken model davranış dikkate alınmaz. Bu değerlendirme yapılırken sporcunun mizacı, görev

(WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021; CAS A2/2014 Drug Free Sport New Zealand (DFSNZ) v. Kris Gemmell, award of 1 December 2014; Arbitration CAS 2021/A/8391 Andrejs Rastorgujevs v. International Biathlon Union (IBU), award of 26 August 2022.

⁶¹ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

⁶² Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

⁶³ Arbitration CAS 2022/A/9031 Stéphane Houdet v. International Tennis Federation CAS 2022/A/9137 International Tennis Federation v. Stéphane Houdet, award of 2 March 2023.

duygusu, ciddiyeti, yetenekleri, çalışkanlığı gibi kişisel hususlar dikkate alınır. Sporcunun o anda özel bir yüke maruz kalması, stres gibi salt sübjektif hususlar dikkate alınarak kusur belirlenir. Neticede, burada sporcunun kendi içinde bulunduğu fiziki ve psikolojik şartları ve kişisel özellikleri ile yetenekleri dikkate alınarak dikkat ve özen yükümlülüğü tespit edilecektir.⁶⁴ Uygulamada ve doktrinde sübjektif kusur düzeyinin tespitinde bir sporcunun gençliği ve/veya deneyimsizliği, sporcunun karşılaştığı dil veya çevre sorunları, sporcunun aldığı anti-doping eğitiminin kapsamı (veya sporcunun makul olarak erişebildiği anti-doping eğitiminin kapsamı) kişisel hataların dikkate alınacağı belirtilmiştir.⁶⁵

Bir sporcunun gençliği ve/veya deneyimsizliği sübjektif kriter olarak dikkate alınacaktır.⁶⁶ Profesyonel bir sporcu ile amatör sporcunun dikkat ve özen yükümlülüğünde farklı değerlendirmeler olacaktır.⁶⁷ Ahlaki yükümlülüğünü ortadan kaldıracak şekilde de bir değerlendirme yapılamaz. Sadece o anki koşullarda nasıl davranması gerektiğinin tespitinde ve somut olay özelinde değerlendirmeler yapılmalıdır.⁶⁸ Gençlik veya deneyim, iyi niyet çerçevesinde değerlendirilmelidir.⁶⁹

⁶⁴ Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency award of 23 May 2022.

⁶⁵ Şimşek, "Yasaklı bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Dopin Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru", s. 217.

⁶⁶ Arbitration CAS 2010/A/2293 Saeid Ali-Hosseini v. International Weightlifting Federation, award of 24 August 2011; Arbitration CAS 2011/A/2493 Anti-doping Switzerland v. Cheytres, award of 29 November 2011; Arbitration CAS 2010/A/2107 Flavia Oliveira v. United States Anti-Doping Agency, award of 6 December 2010; Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2023/2 Esas, 2023/2 Karar, 04.03.2023 Tarihli karar; Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021 kararda şu değerlendirme yer almaktadır: "Sporcu, AIU'ya yaptığı açıklamalarda belirtildiği gibi "hilecilere karşı olan" ve "Dopingsiz bir sporun ilkelerini her zaman savunan", uluslararası düzeyde bir atlet ve mevcut dünya şampiyonudur. Tam da doping hilelerine karşı olduğunu iddia ettiği için ihmali çok bariz ve mazur görülmez." Bu açıklama ile beraber Kurul, sporcuya standart iki yıllık hak mahrumiyeti cezası verilmesi gerektiğine karar vermiştir.

⁶⁷ Arbitration CAS 2019/A/6249 Roman Balandin v. Association Russian Anti-Doping Agency, award of 13 September 2019.

⁶⁸ Arbitration CAS 2016/A/4840 International Skating Union v. Alexandra Malkova, Russian Skating Union & Russian Anti-Doping Agency, award of 6 November 2017.

⁶⁹ Arbitration CAS ad hoc Division (OG London) 12/007 International Canoe Federation v. Jan Sterba, award of 6 August 2012.

Çocuklar veya gençler, kendi yaş grubundaki çocuklarla kıyaslanmak üzere kusur değerlendirilmesine tabi tutulmalıdır. Olgun veya erişkinlerde önemli ihmal teşkil eden bir durum genç veya çocuklarda farklı şekilde değerlendirilebilir.

Sporcunun aldığı anti-doping eğitiminin kapsamı da sübjektif kriterler içerisinde ele alınacak hususlardan biridir. Ancak bu değerlendirme yapılırken sporcunun aldığı eğitimin kapsamının yanında, sporcunun makul olarak erişebildiği anti-doping eğitiminin kapsamı da dikkate alınacaktır.⁷⁰ Sporcu, eğitime ulaşabildiği halde bu eğitimi almakta ihmalkâr davranmış ise kusurun hafifletilmesinde dikkate alınamaz.⁷¹

⁷⁰ Arbitration CAS 2012/A/2822 Erkand Qerimaj v. International Weightlifting Federation, award of 12 September 2012; Arbitration CAS 2012/A/2959 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Ali Nilforushan & Fédération Equestre Internationale (FEI), award of 30 April 2013 kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: “Gençlik veya deneyimsizlik gibi belirli koşullar altında etkili olabilecek diğer hafifletici faktörlerin yokluğunda, anti-doping eğitiminin olmayışı tek başına hak mahrumiyeti süresinin azaltılmasını haklı çıkarmak için yeterince istisnai değildir.”

⁷¹ Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2023/2 Esas, 2023/2 Karar, 04.03.2023 Tarihli karara konu olayda şu değerlendirmeler yapılmıştır: “Kişinin kusurlu olup olmadığını tespit için Sporcunun deneyimi, eğitimi, yaşı, engellilik gibi özel durumlar, somut olay koşulları, beyanlar dikkate alınmaktadır. Sporcu 2000 doğumludur ve olay tarihinde 20 yaşındadır. Genç bir sporcudur. Sporcunun ihmalinin tespitinde, sporcunun tecrübesi ve yaşı da dikkate alınmalıdır. Deneyimli bir sporcunun kabul edilebilir kural dışı hareketlerinin ölçüsü daha sınırlı olması gerekmektedir. Makul bir sporcunun fiziki, fikri, ahlaki, güç ve yetenekleri, teknik ve mesleki becerilerini göz önünde tutarak oluşturulan model davranışa uygun davranması gerektiği bilincinde olmayan bir sporcunun davranışının kınanmaması gerekir. Genç bir sporcunun’in dikkat seviyesi daha düşük olacaktır.

TDMT gereği, TDMK eğitim verme yükümlülüğü vardır. TDMK tarafından sunulan belgelerden de anlaşılacağı üzere, bildirim kusuruna ilişkin olarak eğitimler 16-17 Şubat 2022 tarihindedir. Sporcunun iddia edilen iki ihlalinin sonrasında. Bir ISRM’nin dahi tercümesi yoktur. Yani Türkçe kaynak dahi yoktur. Sporcu kendisine uygulanacak hükümlerden habersizdir. Ülke şartlarında bir sporcunun hem spor yapması hem de geçimini temin etmesi çok zordur. Birçok sporcu, sporu amatör olarak yapmaktadır ve başka mesleklerden gelir elde etmeye çalışmaktadır. Bu ağır şartlarda sporcuların daha özenli ve dikkatli tam eğitim verilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bireysel eğitim alma olanağının gerek ekonomik gerekse bilimsel yetersizlikler sebebi ile imkânsız düzeyde olması karşısında TDMK’nun eğitimdeki önemini daha da artırmaktadır. TDMK, asıl amacı doping yapan sporcuları bulup yargılamak değil, doping yapılmasını engellemektir. Engelleyici fonksiyonunu tam olarak kullanmak için ciddi bir

Sübjektif kriterler arasında sporcunun basit ve düşüncesiz hareketleri de dikkate alınabilir. Sorumluluk hukukunda ihmalin, mutlak

eğitim programı sunması ile başlar. Uzaktan eğitim ile denetlenemeyen bir sistemden de mümkün oldukça uzaklaşılmalı ve sporcuların yüz yüze eğitim ile donanımlı olmasını sağlamalıdır. Sporcunun e-postalarına dahi bakmayacak kadar bilincinin oluşmamasından ve kendisine yardım edileceği düşüncesinden uzak olması TDMK'nın eğitim yükümlülüğünü ihlal ettiğini göstermektedir. Kendisini soyutlayarak, cezalandırıcı bir kurum olma görünüşünden uzak bir dopingle mücadele komisyonu algısının da ancak sporcular ile el ele yürüyerek, verilecek sağlıklı eğitimler ile mümkün olacaktır. Sporcunun eğitiminin eksik olduğu kanaatine varılmıştır.

Sporcudan bugüne kadar alınan numunelerden herhangi bir olumsuz bildirim olmamıştır. Antrenörü de sporcusunun dopinge karşı olduğunu ve mevcut olayın meydana gelmesinde sporcunun kusuru olmadığını belirtmiştir. Annesi ile olan durumu izah etmiştir. Sporcu savunma ve delilleri ile de örtüşmektedir. Sporcu en erken 24 saat içerisinde yer değişikliği bildirimini yapabilir. Ancak annesinin durumundan dolayı annesinin yanında da olmak zorundadır. Bir taraftan da spor hayatını devam ettirmek zorundadır. Eğer değişiklik yapsa kamptan annesinin yanına gittiğinde ne olacak? Gerçekten istisnai bir durumdur. Böyle zor bir durumda sporcunun bırakılması kabul edilemez ve ailevi yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olan bir kişinin bu davranışının kınanması da beklenemez. Burada sporcunun, temelde, özel yaşamın kapsamına giren ve çalışma yaşamında doğrudan yer edinen bireyin kişiliğinin gelişimi ve gerçekleştirilmesi, kişinin maddi ve manevi itibarı ve bu kapsamda mesleki itibarına yönelik ve aile bütünlüğüne yönelik hakkı kapsamındaki menfaati ile sportif düzenin korunması menfaati arasındaki dengenin sağlıklı bir şekilde kurulması gerekir. Sporcunun, makul kabul edilebilecek bir gerekçesi, sporcunun spor hakkı kapsamındaki menfaatinin karşısında sportif düzeni korumaya yönelik disiplin hükmünün ihlaline üstünlük tanımak menfaatler arasında dengesizliğe yol açacaktır. Sporcu numunesinde yasaklı madde çıkması veya herhangi bir anti-doping kural ihlali şüphesini oluşturacak bir durumun olmaması, sporcunun davranışının kınanabilir olması, anti-doping kural ihlalleri ile sağlanmak istenen amacın dışına çıkılacağı ve menfaat dengesinin sporcu aleyhine işleyeceği açıktır. Merkezinde insan onuru olan ve kendini bu değer üzerine inşa eden bir toplumda bu ilkelerin göz önünde bulundurulması, anayasal bir zorunluluktur. Hiçbir otorite, bir suçluyu anayasal haklarının zarar görmesine sebebiyet verecek biçimde, suç işlenmesinin önlenmesi amacının bir objesi haline getiremez. Spor yapmanın spor federasyonları dışından neredeyse imkânsız olduğu hususu da nazara alınınca, somut olayda, sporcuya hak mahrumiyeti cezası verilmesinin, mesleğini icra etmesinin önünde büyük bir engel teşkil edeceği, meslek ve itibarını olumsuz etkileyeceği kuşkudan uzaktır. Bu sebeple menfaatlerin sağlıklı bir şekilde dengelenmesi gerekir. Yukarıda bu hak ilişkisinden bahsedilmiştir. Gerçekten sporcunun zor durumda olduğu ve kusuru olmadığı kanaati kurulumuzda oluşmuştur." Bu karara karşı Gençlik ve Spor Bakanlığı Tahkim Kurulu'na itiraz edilmiş ve 2023/61 Esas, 2024/38 Karar, 21.02.2024 Tarihli karar ile sporcuya bir yıl hak mahrumiyeti cezası verilmiştir. Kararda herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır.

manada spor kurallarına riayet edilmesi şeklinde anlaşılmasının adil olmayan sonuçlar doğuracağı belirtilmiştir.⁷² Belirli şartlarda ve müsaade edilebilir bir alanda, sporcunun kişisel hatalarının da kusurun hafifletilmesinde subjektif kriterler arasında olduğunu kabul etmek gerekir. Bir sporcunun yüksek düzeyde strese maruz kalması örnek olarak gösterilebilir.⁷³ Dikkatsiz ama anlaşılır bir hata nedeniyle farkındalık düzeyi azalmış bir sporcunun durumunu, kusurun hafifletilmesinde subjektif bir unsur olarak ele alınabilecektir.⁷⁴

3. Kusur veya İhmalin Olmaması

WADC “Tanımlar” başlığı altında Kusur veya İhmal Olmaması, sporcunun veya diğer kişinin yasaklı bir maddeyi kullandığını veya yasaklı bir yöntemin kendisine uygulandığını bilmediğini veya bir dopingle mücadele kuralını diğer şekillerde ihlal etmiş olduğunu bilmediğini veya bu durumdan şüphelenmediğini ve son derece dikkatli davranmasına rağmen bunu bilmesinin veya bundan şüphelenmesinin makul olarak mümkün olmadığını kanıtlanması olarak tanımlanmıştır.

WADA Kodu madde 10.5. gereği, bir sporcunun veya diğer kişinin bir vakada kusur veya ihmalinin olmadığını kanıtlanması durumunda

⁷² Ayrıntılı bilgi için bakınız: Şimşek, Spor Müsabakalarında Meydana Gelen Bedensel Zararlarda Sporcunun Dikkat ve Özen Yükümlülüğü, s. 391 ve devamı.

⁷³ Arbitration CAS 2012/A/2756 James Armstrong v. World Curling Federation, award of 21 September 2012; AAA'nın No. 01-16-0000-6096 sayılı kararında, büyükannesinden boyun ve adet ağrısını dindirecek bir şey isteyen bir sporcunun davranışı değerlendirilmiştir. Büyükanne, sporcuya tanıdık gelen bir hap, yani daha önce kullandığı ve tamamen yasal olan bir ürün (ibuprofen) verdi. Sporcunun hapla ilgili herhangi bir soruşturma yapmaması nedeniyle özen yükümlülüğünü ihlal ettiği açıktır. Ancak heyetin görüşüne göre sporcu hapı alırken kasıtlı değil, ihmalkâr davranmıştır. Bu sonuca varırken kurul, diğerlerinin yanı sıra, sporcunun ilgili zamanda bir tür istisnai durumda olduğunu dikkate almış ve sporcunun hapı alırken net bir şekilde düşünmediğini, çünkü şiddetli ağrı ve stres yaşadığını tespit etmiştir. Yalnızca çektiği acıyı dindirmek istediğini ve başka hiçbir ikincil hedefi kabul etmediğini belirtmiştir.

⁷⁴ Arbitrations CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. International Tennis Federation (ITF) & CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (NADO) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018; Arbitration CAS 2012/A/2756 James Armstrong v. World Curling Federation, award of 21 September 2012; Arbitration CAS 2013/A/3327 Marin Cilic v. International Tennis Federation (ITF) & CAS 2013/A/3335 International Tennis Federation (ITF) v. Marin Cilic, award of 11 April 2014 (operative part of 25 October 2013).

hak mahrumiyeti cezası uygulanmaz.⁷⁵ Yine burada ispat külfeti sporcuda olacaktır ve olasılık dengesi ile ispat yükünü boşaltabilecektir.

⁷⁵ Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2020/1 Esas, 2020/1 Karar, 0702.2020 Tarihli kararına konu olayda şu değerlendirmeler yapılmıştır: "Sporcu tarafından, ADAMS' da kayıtlı Bulunabilirlik Bildiriminde,saatleri arasında adresinde bulunacağı beyan edilmiştir. TDMK yetkilileri tarafından tutulan Başarısız Girişim Rapor formunda, belirtilen saatte adreste gidildiği ancak sporcuya ulaşamadığı, sporcu tarafından bildirilen telefon numarası arandığı ve başka birinin çıktığı bu kişinin Otelde kaldığı bilgisi verilmiş ve doping kontrol görevlileri tarafından 10:53'te kaldığı otelde numunesi alındığı belirtilmiştir. Sporcu savunmasında, 7 Nisan 2018 tarihinde Federasyon tarafından uçak biletlerinin ayarlandığı ve İstanbul G....Hotel'de kalacağı bilgisi verildiği için bu adresin bildirildiği, sonra yarış direktörü tarafından başka bir otele yerleştirildiği, doping kontrol görevlilerinin gelmesi üzerine o otele yönlendirildiğini belirtmiştir. 53 dakikalık gecikme sonrası, doping kontrol görevlilerinin gayreti ile numune alınması ve sporcunun savunmasında ileri sürülen hususların bir yükümlülüğe riayet edilmemesi veya belirli bir durum için gereken özenin gösterilmemesi anlamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, yani, kusurunun olup olmadığı ele alınmalıdır. Sporcunun savunmasında, 7 Nisan 2018 tarihinde organizatör tarafından uçak biletlerinin ayarlandığı ve İstanbul G.... Hotel'de kalacağı bilgisi verildiği için bu adresin bildirildiği, sonra yarış direktörü tarafından başka bir otele yerleştirildiği, doping kontrol görevlilerinin gelmesi üzerine o otele yönlendirildiğini belirtmiştir. Sporcunun Türkçe dilini konuşmasındaki zayıflığı nedeni ile kardeşinin telefonu verildiğini, yer değişikliği bildirimini için zamanın olmadığını belirtmiştir.'nun bilgisine başvurulmuş ve İstanbul Yarı Maratonuna katılmak için 6 Nisan 2018'de sporcunun ile beraber İstanbul'a gittiğini, başlangıçta organizatörün, sporcuya 2 gece konaklama sunduğunu öğrendiğini, bu yüzden ilk gece (sporcunun bulunduğu yerde belirtildiği gibi) G..... Otel'de (federasyonun her zaman olduğu otel) kalması gerektiği daha sonra, organizatörün ekstra geceyi aynı otelde kalmayı düzenleyebildiği, bu nedenle W.... Hotel'de kaldığı ve aynı gün sporcunun bulunduğu yer hemen değiştirilemediği, bu nedenle güncellenen 7 Nisan 2018'de yapıldığı, anti doping ajanları ona telefonla ulaştıklarında W.....Otel'de olduğu bilgisini aldıklarını, numune alındığını ve tüm bu duruma tanık olduğunu, Doping ajanları tarafından kontrol edilmekten kaçınmak gibi bir durumun olmadığını belirtmiştir. Sporcunun İstanbul Yarı Maratonu'na davet edildiği ve organizatör tarafından W... İstanbul Old City konaklama yeri olarak belirlendiği, 5 Nisan Perşembe 23:40 uçak iniş saati gözüktüğü dosya kapsamındaki belgelerden anlaşılmaktadır. Bu bilgiler ışığında değerlendirme yapıldığında, sporcu ile İstanbul Yarı Maratonu'nu organize eden organizatör ve Federasyon arasında sporcunun kalacağı yer hususunda bilgi akışında aksamaların olduğu, sporcunun konaklaması gereken yer hususunda karışıklık olduğu anlaşılmaktadır. Konaklama yerindeki karışıklık sebebi ile sporcunun sağlıklı bir şekilde yer bildiriminde bulunması beklenemez. Bu kısa süreli karışıklık içinde sporcu tarafından yer bildirimini değişikliği yapmasının beklenmesi de kabul edilemez. Doping kontrol görevlilerinin araması üzerine sporcu tarafından gecikmeli de olsa numune verilmiştir. Bu kısa sürede herhangi bir manipülasyon yapılması da mümkün gözükmemektedir. Bu hususların tamamı birlikte değerlendirildiğinde sporcunun kusurunun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır."

a. Sonuçların İptali

WADA Kodu madde 10.10 gereği, alınan örneğin pozitif olarak tespit edildiği bir müsabakada elde edilen sonuçların madde 9 uyarınca kendiliğinden iptal edilmesine ek olarak, müsabaka içi veya müsabaka dışı dönemde alınan örneğin pozitif çıktığı veya diğer bir anti-doping kural ihlalinin gerçekleştiği tarihten geçici askıya almanın veya hak mahrumiyeti ceza süresinin başlatılma tarihine kadar olan süre zarfında sporcunun elde ettiği diğer tüm müsabaka sonuçları, adalet ilkesi aksini öngörmediği sürece iptal edilir ve verilen bütün madalyalar, puanlar ve ödüller geri alınır.

WADA Kodu madde 10.10 gereği, adalet duygusunu incitecek şekilde sonuçların iptaline karar verilemez. Doğal adalet ilkeleri gerektirdiği takdirde sonuçlar iptal edilir. Sonuçların iptali başlı başına ağır bir yaptırımdır ve bir bakıma bir hak mahrumiyeti süresiyle eş tutulabilir. Ancak, verilecek hak mahrumiyeti süresi (en kötü durumlarda bile) dört yıl ile sınırlı iken, sonuçların iptal edilebileceği süre sınırsızdır. Yerleşik CAS içtihatlarına göre, orantılılık ilkesi göz önüne alınarak işlenen ihlale uygulanan yaptırımın uygun olup olmadığının değerlendirilmesinin yapılması gerekir.⁷⁶ Her olaya özgü şartlar ayrı olmak üzere, bir adillik testinin uygulanmasında değerlendirilen faktörler arasında sporcunun kusur derecesi, etkilenen spor sonuçları, sonuçların diskalifiye edilmesinin önemli sonuçları, sporcunun biyolojik pasaportu, özel sorunlar, ikinci bir aşamada ek hak mahrumiyeti süresi, sonuçların yönetimindeki gecikmeler yer alır.⁷⁷ Neticede adalet kavramının geniş bir şekilde yorumlanması gerekir ve özellikle sporcunun kusuru, anti-doping kural ihlalinin ciddiyeti ve sonraki sonuçlar üzerindeki etkisi dikkate alınmalıdır.⁷⁸

⁷⁶ Arbitration CAS 2016/O/4481 IAAF v. All Russia Athletics Federation & Mariya Savinova-Farnosova, award of 10 February 2017.

⁷⁷ Markus Mannien/Brent J. Nowicki, "Unless Fairness Requires Otherwise" A Review of Exceptions to Retroactive Disqualification of Competitive Results for Doping Offenses, *CAS Bulletin*, (2017)2, 7-18, s. 7 ve devamı.

⁷⁸ Arbitration CAS 2022/A/9031 Stéphane Houdet v. International Tennis Federation CAS 2022/A/9137 International Tennis Federation v. Stéphane Houdet, award of 2 March 2023; Arbitration CAS 2013/A/3274 Mads Glasner v. Fédération Internationale de Natation (FINA), award of 31 January 2014; Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30

Neticede, kural olarak, anti-doping kural ihlalinin meydana geldiği tarihten herhangi bir geçici uzaklaştırmanın veya cezanın başlangıcına kadar elde edilen tüm sonuçların iptal edilmesi gerekir. Ancak, adalet ilkesi çerçevesinde, sporcunun üçüncü bildirim kusuru sonrasında elde ettiği müsabaka sonuçları varsa ve hiçbir doping uygulamasının etkilememesi söz konusu değilse sporcunun lehine değerlendirme yapılabilir.⁷⁹

b. Yaptırımın Başlangıcı

WADAC madde 10.13'e göre, bir sporcunun bir dopingle mücadele kural ihlali nedeniyle halihazırda infaz edilmekte olan bir hak mahrumiyeti cezasının olması durumunda, yeni hak mahrumiyeti ceza süresi geçerli hak mahrumiyeti ceza süresinin tamamlanmasından sonraki ilk gün başlar. Bununla birlikte, hak mahrumiyeti ceza süresi, hak mahrumiyeti cezası kararının verildiği tarih itibariyle veya yargılamadan feragat edilmiş olması ya da yargılamanın yapılmaması durumunda hak mahrumiyeti cezasının kabul edildiği veya infazına başlandığı tarihte başlar.

WADC madde 10.13.1'de ise yargılama sürecinde veya doping kontrolü sürecinin herhangi bir safhasında, sporcudan kaynaklanmayan önemli gecikmelerin yaşanması ve sporcunun söz konusu gecikmelerin kendisinden kaynaklanmadığını ispat edebilmesi durumunda, hak mahrumiyeti ceza süresini öngörülenden daha erken olacak şekilde örneğin alındığı tarihten veya başka bir dopingle mücadele kural ihlali söz konusuysa sonuncu ihlal tarihinden itibaren başlatılabilir. Geçmişe dönük hak mahrumiyeti de dahil olmak üzere hak mahrumiyeti ceza süresi zarfında müsabakalardan elde edilen bütün sonuçlar iptal edilir.

June 2021; Arbitration CAS 2011/A/2671 Union Cycliste Internationale (UCI) v. Alex Rasmussen & National Olympic Committee and Sports Confederation of Denmark (DIF; Dansk Idrætsforbund), award of 4 July 2012

⁷⁹ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021; Arbitration CAS 2011/A/2671 Union Cycliste Internationale (UCI) v. Alex Rasmussen & National Olympic Committee and Sports Confederation of Denmark (DIF; Dansk Idrætsforbund), award of 4 July 2012.

Bu düzenleme ile hak mahrumiyeti süresinin geriye dönük tarihlendirilmesi mümkün bir sonuçtur ancak zorunlu bir sonuç değildir. Bu takdir yetkisinin, karar veren organ tarafından kullanılıp kullanılmayacağı ve nasıl kullanılacağı davanın koşullarına bağlıdır ve gecikmenin sebebine ilişkin makul ve açıklanabilir her türlü gerekçe dikkate alınabilir.⁸⁰ “Gecikme”, sadece zamanın geçişini ifade eder ve “önemli” ifadesi de niceliksel bir kavram olup incelenen davada normal olarak beklenenden daha fazlasına eşdeğerdir.⁸¹

Bu düzenlemenin amacı, sürecin hızlı bir şekilde ilerlemesini sağlamak ve böylece sporcuyu kendi geleceği konusunda gereksiz bir belirsizlik durumunda bırakılmamaktır.⁸² Sporunun müsabakalara dönüşünün gereksiz yere ertelenmesi, birçok spor kariyerinin nispeten kısa dönemi göz önüne alındığında özellikle ciddi bir meseledir. Bu düzenleme ile ciddi gecikmeler telafi edilebilir.⁸³

Bu düzenlemeler neticesinde, yargılama kurumu, disiplin sürecindeki gecikmelerin süresinin ne kadar olduğunu, bu gecikme süresinin herhangi bir şekilde sporcuya atfedilip atfedilmeyeceğini, sporcuya atfedilecek sürelerin de dışlanması ile ortaya çıkacak gecikme süresinin önemli olup olmadığını tespit ettikten sonra, davanın koşullarını da dikkate alarak geriye dönük tarih belirleme takdir hakkını kullanacaktır.⁸⁴

⁸⁰ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021; Arbitration CAS 2015/A/4059 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Thomas Bellchambers et al., Australian Football League (AFL) & Australian Sports Anti-Doping Authority (ASADA), award of 11 January 2016; Arbitration CAS 2018/A/5581 Filip Radojevic v. Fédération Internationale de Natation (FINA), award of 10 July 2018.

⁸¹ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

⁸² Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021. CAS 2022/A/9031 Stéphane Houdet v. International Tennis Federation CAS 2022/A/9137 International Tennis Federation v. Stéphane Houdet, award of 2 March 2023.

⁸³ Arbitrations CAS 2009/A/1759 & 1778 Fédération Internationale de Natation (FINA) & World Anti-Doping Agency (WADA) v. Max Jaben & Israel Swimming Association (ISA), award of 13 July 2009.

⁸⁴ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

Gecikme süresi belirlenirken dopinge mücadele komisyonunun hızlı hareket etme ihtimali dikkate alınmaz. Normal zaman dilimi içerisinde hareket etmesi yeterlidir.⁸⁵ Ayrıca CAS'a yapılan başvurular doping kontrol sürecinin bir unsuru değildir.⁸⁶ Türkiye özelinde, Federasyon disiplin kurullarında verilen karar sonrası Gençlik ve Spor Bakanlığı Tahkim Kurulu'na itiraz edilmesi halinde, Tahkim'de geçen sürelerin doping kontrol sürecinin bir parçası olarak ele alınması her somut olay özelinde değerlendirmeye alınmalıdır. Aksi halde adil olmayan sonuçlar çıkmaktadır.⁸⁷

⁸⁵ Arbitration CAS 2018/A/5581 Filip Radojevic v. Fédération Internationale de Natation (FINA), award of 10 July 2018; Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

⁸⁶ Arbitration CAS 2018/A/5581 Filip Radojevic v. Fédération Internationale de Natation (FINA), award of 10 July 2018; Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

⁸⁷ Bulunabilirlik kusuruna ilişkin anti-doping kural ihlali olan bir vakada, Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu 2023/2 Esas, 2023/2 Karar, 04.03.2023 Tarihli kararı ile sporcuya hak mahrumiyeti yaptırımını uygulamamıştır. Bu karara karşı Gençlik ve Spor Bakanlığı Tahkim Kurulu'na itiraz edilmiş ve 2023/61 Esas, 2024/38 Karar, 21.02.2024 Tarihli karar ile sporcuya bir yıl hak mahrumiyeti cezası verilmiştir. Cezanın infazının karar tarihi olan 21.02.2024 tarihinden itibaren infazına karar vermiş ve üçüncü bulunabilirlik kusuru tarihi olan 01.04.2022 tarihinden itibaren de sonuçların iptaline karar verilmiştir. Tahkimde karar yaklaşık on ay sonra verilmiştir. Bu gecikmenin hiçbir makul açıklaması yoktur. Sporcu 01.04.2022 tarihinden itibaren de hiçbir müsabakaya katılmamıştır. Tedbir kararı olmasa da fiilen müsabakalara alınmamıştır. Maalesef federasyonların sadece bu vakada değil, diğer vakalarda da aynı tutumu sergilediği görülmektedir. Süreç iki yıl sürmüştür. Geçmişte bir tarih belirlenmemesi ve sonuçların bu şekilde iptal edilmesi sporcunun alabileceği maksimum iki yıl hak mahrumiyeti süresini dahi aşmıştır. 01.04.2022 tarihinden yaptırımın infazının son bulacağı 21.02.2025 tarihine kadar sporcu, spordan uzak kalmıştır. Sporcu tarafından yaptırım tarihinin geçmişte bir tarih olarak belirlenmesi ve sonuçların adalet ilkesi çerçevesinde iptal edilmesi dile getirilmese de yargılama kurumu tarafından bu hususların dikkate alınması adalet ilkesi gereğidir. Davayı aydınlatma yükümlülüğü hukuk ayrılmasında varken anti-doping yargılamalarında olmadığını ileri sürmek kabul edilemez. Nitekim anti-doping yargılamaları niteliği itibari ile kamunun disiplin veya ceza yargılamalarına daha yakındır. Sporcu kusurunun bu kadar düşük tespit edildiği Tahkim yargılamasında, bu şekilde bir karar verilerek sporcunun 3 yılının kayıp olmasına sebep olunmuştur. Bu ise somut vaka özelinde "adalet" duygusunu ciddi bir şekilde ihlal etmiştir. Diğer taraftan, yargılamanın makul süre içerisinde yapılmamasının acı sonucu da bu vakada görülmektedir.

Yargılama kurumu, sporcuya atfedilemeyecek önemli gecikmelerin olduğunu belirlenmiş ise bu döneme orantılı olarak hak mahrumiyeti süresinin geriye alınmasının adil olacağını kabul etmesi gerekir.⁸⁸

SONUÇ

Kayıtlı doping havuzunda yer alan bir sporcunun 12 (on iki) aylık bir süre içinde ISRM’de belirtildiği şekilde toplamda 3 (üç) kez Doping Kontrolünü kaçırmaması ve/veya bildirim kusuru işlemesi eylemlerinin herhangi bir bileşimi anti-doping kural ihlali olarak tanımlanmıştır. RTP’ye kayıtlı olan sporcular için bulunabilirlik kusurları anti-doping kural ihlali uygulanabilir ve her sporcu, bilgileri ADAMS’a düzenli olarak girme ve güncelleme ve her gün belirlenen yerde 60 dakikalık zaman dilimi içerisinde test için hazır ve erişilebilir olma yükümlülüğü altındadır.

Sporcuya uygulanan hak mahrumiyeti yaptırımın tespiti kusur etrafında dönmektedir. Anti-doping düzenlemelerinde yer alan bildirim yükümlülüklerine riayet edilmemesi veya belirli bir durum için gereken özenin gösterilmemesi halinde sporcu kusurlu kabul edilecektir.

Kastın varlığı halinde 2 yıllık hak mahrumiyeti yaptırımı uygulanacaktır. Kastın varlığını dopinge mücadele organı ispat edecektir. Sporcunun kastının belirlenmesinde sporcunun göreceli deneyim düzeyi (spor ve anti-doping kural ihlali ile ilgili), sporcunun genel anti-doping eğitimi (veya eksikliği), farkındalık düzeyi, olayı çevreleyen koşullar ve çeşitli katılımcıların ve tanıkların ifadeleri gibi hususlar dikkate alınacaktır. Her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmeli ve ona göre kusur tespit edilmelidir.

Sporcunun kastı yok ise yaptırım 2 yılın da altına inecektir. Bu halde sporcunun kusur derecesine göre yaptırım belirlenecektir. Sporcunun önemli bir kusur veya ihmali varsa yaptırım 20 aydan fazla ve 24 aya kadar bir yaptırım aralığında yaptırım uygulanacaktır. Normal/orta dereceli ihmali varsa 16 aydan fazla ve 20 aya kadar bir yaptırım aralığında yaptırım uygulanacaktır. Sporcunun kusur derecesi hafif

⁸⁸ Arbitration CAS 2020/A/7526 World Athletics (WA) v. Salwa Eid Naser & CAS 2020/A/7559 World Anti-Doping Agency (WADA) v. WA & Salwa Eid Naser, award of 30 June 2021.

ihmal ise 12 aydan fazla ve 16 aya kadar bir yaptırım aralığında yaptırım uygulanacaktır. Sporcunun kusur derecesi hafif olsa dahi yaptırım bir yılın altında olmayacaktır.

Kusur derecesinin önemli, normal/orta veya hafif olup olmadığının tespitinde, kural olarak objektif kriterler, kusur dereceleri içerisinde sonuç yaptırımın belirlenmesinde ise sübjektif kriterler esas alınacaktır. WADA düzenlemeleri gereği, sporcudan bir “yükümlülük” veya “özen” beklenmektedir ve bu yükümlülük, her gün için üç ayda bir yeterli ve doğru nerede bulunduğu bilgisini sağlama ve güncelleme görevidir. Sporcunun nerede olduğu ile ilgili yükümlülükleri sporculardan beklenecek dikkat ve özen yükümlülüğünün çıkış noktasıdır. Altmış dakikalık bir zaman dilimi boyunca, habersiz testler için mevcut, hazır ve erişilebilir olmak sporcunun yükümlülüğüdür.

Kural olarak, anti-doping kural ihlalinin meydana geldiği tarihten herhangi bir geçici uzaklaştırmanın veya cezanın başlangıcına kadar elde edilen tüm sonuçların iptal edilmesi gerekir. Ancak, adalet ilkesi çerçevesinde, sporcunun üçüncü bildirim kusuru sonrasında elde ettiği müsabaka sonuçları varsa ve hiçbir doping uygulamasının etkilememesi söz konusu değilse sporcunun lehine değerlendirme yapılabilir ve iptal edilmeyebilir.

Yargılama sürecinde veya doping kontrolü sürecinin herhangi bir safhasında, sporcudan kaynaklanmayan önemli gecikmelerin yaşanması ve sporcunun söz konusu gecikmelerin kendisinden kaynaklanmadığını ispat edebilmesi durumunda, hak mahrumiyeti ceza süresini öngörülenden daha erken olacak şekilde başlatılabilir. Bu takdir yetkisi yargılama kurumuna ait olup sporcuya atfedilemeyecek önemli gecikmelerin olduğu belirlenmiş ise bu dönemle orantılı olarak hak mahrumiyeti süresinin geriye alınmasının adil olacağını kabul etmek gerekir.

Kaynakça

Kitaplar

Eren Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (8. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2008.

Hatemi Hüseyin ve Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

- İmre Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri, İstanbul 1949.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (6. Baskı), Turhan Kitapevi, Ankara 2005.
- Koçhisaroğlu Cengiz, Haksız Eylem Kusuru, Basılmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1990.
- Oğuzman M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.: II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Şimşek Alparslan, Spor Müsabakalarında Sporcuların Yaralanmasından ve Ölmesinden
- Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2013.
- Tandoğan Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ajans- Türk Matbaası, Ankara 1961.
- Tekinay S. Sulhi, Akman Sermet, Burcuoğlu Haluk, Altop Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (7. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1993.

Makaleler

- Halt James, "Where is the Privacy in WADA's "Whereabouts" Rule?," *Marquette Sports Law Review*, (2009)20/1, 267-289.
- Kaneti Selim, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi", Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 Ankara, (s. 29-66), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980.
- Mannien Markus/Nowicki Brent J., "Unless Fairness Requires Otherwise" A Review of Exceptions to Retroactive Disqualification of Competitive Results for Doping Offenses", *CAS Bulletin*, (2017) 2, 7-18.
- Şimşek Alparslan, "Spor Müsabakalarında Meydana Gelen Bedensel Zararlarda Sporcuların Dikkat ve Özen Yükümlülüğü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2015)121, 381-402.
- Şimşek Alparslan, "Yasaklı bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Dopin Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2024)172, 161-226.

HUKUKİ AÇIDAN DEFİNE KEŞFEDEN KİŞİNİN HAKLARI

THE RIGHTS OF THE PERSON WHO DISCOVERS A TREASURE FROM A LEGAL PERSPECTIVE

Mehmet Mert ÖZYILDIRIM*

Özet: Türk Medeni Kanunu'nda verilen tanıma göre define; bulunmalarından çok zaman önce gömülmüş veya saklanmış olduğu ve duruma göre artık malikinin bulunmadığı kesin olarak anlaşılan değerli şeylerdir. Türk hukuku açısından bu tanıma uyacak nitelikteki bir definenin bulunması halinde ilgili eşya, içinde bulunduğu taşınır ya da taşınmaz mülk sahibine ait olmaktadır. Bulan kişiye ise yalnızca bir miktar ödül verileceği hükme bağlanmıştır. Fakat defineyi bulan kimsenin, ödül alacağına hak kazanabilmesi belirli koşullara bağlıdır. Öte yandan, bulan kişinin kazanabileceği ödül oranları da definenin tesadüfen bulunması ya da arama faaliyeti sonucunda bulunmasına göre değişebilmektedir. Bu bağlamda çalışmada, öncelikle hukuki açıdan definenin tanımı ve koşulları üzerinde durulacak, sonrasında ise keşfeden kişinin hakları çeşitli ihtimallere göre incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Define, Kültür ve Tabiat Varlığı, Ödül, Taşınır Mülkiyetinin Kazanılması, Kazı ve Sondaj

Abstract: According to the definition given by the Turkish Civil Code, valuable things that have been buried or hidden long before when they were discovered and depending on the case, the things which are precisely understood that has no owner anymore, are deemed as treasure. In terms of Turkish law, if a treasure that corresponds to this this definition is found, the relevant item belongs to the owner of the movable or immovable property in which it is found. It has been decided that only a certain amount of reward could be given to the person who finds a treasure. However, for the right of the person who finds the treasure to receive a reward depends on certain conditions. On the other hand, the amount of the reward that the finder could gain may vary based on whether the treasure is found by chance or as a result of a deliberate searching. In this context, the study will primarily focus on the definition and

* Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, mertozyildirim@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7663-6599, Makalenin Gön-derim Tarihi: 11.07.2024, Kabul Tarihi: 02.09.2024

conditions of the treasure from a legal perspective, and then the rights of the finder will be examined considering various possibilities.

Keywords: Treasure, Cultural and Natural Assets, Reward, Acquisition of Movable Property, Excavation and Drilling

GİRİŞ

Define mülkiyetinin iktisabı, taşınır mülkiyetinin aslen kazanılması sebeplerinden birini oluşturmaktadır. Bu yöntemle, uzun zaman önce gizlenmiş ve artık malikinin bulunmadığı kesin olarak anlaşılan değerli taşlar, mücevherat, ziynet eşyası gibi ekonomik yönden bir değer arz eden taşınır malların aslen iktisabı mümkün olmaktadır. Fakat bu iktisabın gerçekleşebilmesi ve bulan kişi açısından bir ödül alacağına doğabilmesi için öncelikle bir buluntunun hukuken define olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, çeşitli şartların sağlanması zorunlu olmakla birlikte ayrıca ilgili buluntu, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamında korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı olarak değerlendirilmemelidir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından definenin koşullarının dikkatli bir biçimde ele alınması önem arz etmektedir.

Belirtilmesi gereken önemli hususlardan bir diğeri; definenin tesadüfen bulunmasıyla ruhsatlı bir şekilde aranarak bulunması arasında ödül oranları açısından bazı farklar olduğudur. Türk hukukunda kaçak yollarla define araştırılması ve yurtdışına kaçırılmasının önlenmesi amacıyla ruhsatlı bir şekilde define aranmasına izin verilmektedir. Bu şekilde, ruhsat almak suretiyle define araştırmaları yürütülmesi sonucunda bir bulguya rastlanıldığı zaman bulan kişi sıfatını taşıyana belirli bir miktar ödül verileceği kararlaştırılmıştır. Öte yandan, bulan kişi sıfatının kime ait olduğu ve ödül alacağına kimin hak kazanacağı konularında çeşitli hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir. Ayrıca ödül miktarı, definenin içinde bulunduğu arazinin özel ya da kamu mülkiyetinde olup olmamasına göre de değişebilmektedir.

Bir kimse, define dışında tesadüfen bilimsel değer taşıyan korunması gerekli bir kültür ya da tabiat varlığı da bulabilir. Bu halde ise bulan kişiye, yetkili makamlara derhal haber verilmesi şartıyla, Türk Medeni Kanunu hükümlerinden kaynaklanan bir özel hukuk alacağı değil; fakat kamu hukuku kaynaklı bir ikramiye ödenmesi söz konusu

olacaktır. Çalışma kapsamında, define kavramı ve koşulları çerçevesinde, bulan kişinin hakkı olan ödül alacağı oranları ve özelliklerinin çeşitli ihtimallere göre incelenmesi ve özellikle kültür ya da tabiat varlığı ile define bulunması arasındaki farkların ortaya konulması amaçlanmıştır.

I. DEFİNENİN TANIMI

Roma hukukundan beri hangi eşyaların define olarak nitelendirileceği, bir diğer deyişle hukuken define konusu olabilecek şeylerin ne olduğu hususunda birçok farklı açıklama yapılmıştır. Elimize ulaşan bilgiler ışığında, definenin en eski ve kapsamlı tanımı, Roma hukukunun Klasik Hukuk Dönemi'nde¹ yaşamış zamanının önemli hukukçularından olan *Iulius Paulus* tarafından yapılmıştır.² *Paulus*'un verdiği tanıma göre define (*thesaurus*); hatırasının kalmamış olmasından dolayı maliki artık yok sayılan eskiden bir yere bırakılmış kıymetli şey-

¹ Roma devletinin siyasal dönemlerinin sınıflandırılmasında olduğu gibi hukuk dönemleri de modern yazarlar tarafından çeşitli alt başlıklara ayrılmıştır. Zira Roma'nın yüzyıllar boyunca uygulanmış olan hukuku, çağın gereksinimlere göre gelişmiş ve değişerek kendini yenilemiştir. Bu bağlamda; doktrinde kabul gören bir ayrıma göre, Roma hukuku; Eski Hukuk Dönemi, Klasik Öncesi Hukuk Dönemi, Klasik Hukuk Dönemi, Post Klasik Hukuk Dönemi ve Iustinianus Dönemi şeklinde beş farklı aşama çerçevesinde incelenmelidir. Bkz. Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku: Tarihi, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması*, Turhan Kitabevi, 14. Baskı, Ankara, 2010, s. 57; Özlem Söğütlü, *Roma Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2021, s. 95; Seldağ Güneş Ceylan, "Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, C. 8, S. 2, s. 78. Bu görüş uyarınca; Gaius, Ulpianus, Modestinus, Papinianus ve Iulius Paulus gibi meşhur hukukçularının gelişimine katkıda bulunduğu Klasik Hukuk Dönemi, Roma hukukunun, MÖ. 27-MS. 250 yılları arasındaki uygulanış biçimini ifade etmektedir. Klasik Öncesi Hukuk Dönemi şeklinde bir alt başlığı tercih etmeyen başka bazı yazarlarca ise; MÖ. 150 yılında başlayıp MS. 3. yüzyılın ortalarına kadar uygulanmış olan hukuka, zamansal olarak Klasik Hukuk Dönemi adı verilmektedir. Bu yönde bkz. Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri: Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku, Der Yayınları*, İstanbul, 12. Baskı, 2018, s. 42; Ziya Umur, *Roma Hukuku: Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1974, s. 156-157; Mehmet Üçer, *Roma Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2018, s. 55-56 vd.

² Belgin Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku*, Der Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2017, s. 87; Ziya Umur, *Roma Hukuku: Eşya Hukuku*, İstanbul, 1985, s. 45; Söğütlü, s. 683; George Hill, *Treasure Trove: The Law and Practice of Antiquity*, Oxford University Press, Londra, 1933, s. 8.

lerdir.³ (“*Thensaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat.*”)

Codex Theodosianus'da geçen ve MS. 380 yılına ait bir emirnamede ise define; maliki bilinmeyen bir kişi tarafından oldukça uzun bir zaman önce saklanmış değerli eşyalar (*condita ab ignotis dominis tempore vetustiore monilia*) olarak tanımlanmıştır.⁴ Son olarak Roma hukuku açısından II. *Leo* ve *Zeno*'nun ortak imparatorlukları döneminde MS. 474 yılında çıkarılan bir başka emirnamede aynı tanım tekrarlanmış; fakat Latince mücevherat ya da geniş anlamıyla değerli şeyler anlamlarını karşılayan *monilia* kelimesi yerine doğrudan doğruya taşınır anlamına gelen *mobililia* kelimesi tercih edilmiştir.⁵ Bu şekilde, Roma hukuku bakımından definenin konusunun yalnızca taşınır eşyalardan oluşabileceği, son dönem düzenlemeleriyle birlikte açık bir biçimde ortaya konulmuştur.⁶

Roma hukukunun bahsi geçen ifadelerinden yola çıkan çeşitli ülkelerin modern kanun koyucuları da kendi kanunlarında define ile ilgili benzer tanımlamalara yer vermiştir.⁷ Nitekim Fransız Medeni Kanunu'na (Code civil) göre define; üzerinde kimsenin mülkiyet hakkını ispat edemediği gömüldüğü veya saklandığı yerde tesadüfen bulunan tüm şeyleri ifade etmektedir.⁸ İtalyan Medeni Kanunu da (Codice civile) Fransız hukukunda yer alan ifadeler ile benzer bir tanımlamaya gitmiş ancak definenin konusunun yalnızca değerli taşınırlar olduğunu

³ *Dig.* 41.1.31.1 (*Paulus libro 31 ad edictum*). Ayrıca bkz. Salvatore Di Marzo, Roma Hukuku, çev. Ziya Umut, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1959, s. 260; Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, 5. Baskı, Ankara, 2015, s. 147; Paul Koschaker/Kudret Ayiter, Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları, Sevinç Matbaası, 2. Baskı, İzmir, 1993, s. 146.

⁴ *Cod. Theo.* 10.18.2 (Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius).

⁵ William Warwick Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, Cambridge, 1921, s. 219.

⁶ Hill, s. 11-34; Anthony Gordon Guest, *The Law of Treasure*, Archaeopress, Oxford, 2018, s. 4-5.

⁷ János Erdödy, “Le sens de l’expression du trésor dans les sources romaines comme la base des réglementations contemporaines”, *Iustum Aequum Salutare*, 2014 (10), s. 137.

⁸ Code civil, Art. 716: “Le trésor est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard.”

(*cosa mobile di pregio*) hükme bağlamıştır.⁹ Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) defineyi; uzun zaman önce gizlenen ve önceki maliki tespit edilemeyen keşfedilmiş para, mücevher veya yüksek kıymeti haiz diğer eşyalar şeklinde tanımlamaktadır.¹⁰ İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m. 723 ve Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 772'ye göre de define; "*bulunmalarından çok zaman önce gömülmüş veya saklanmış olduğu ve duruma göre artık maliki bulunmadığı kesin olarak anlaşılan değerli şeylerdir*".¹¹

İsviçre ve Türk kanun koyucusu, defineyle ilgili bu tanıma yer verdikten sonra müteakip maddeler olan ZGB m. 724 ve TMK m. 773'de hariç tutma ölçütünü kullanarak hangi eşyaların bahsi geçen kanun hükümlerince define olarak sınıflandırılmayacağını belirtmiştir. Buna göre; ZGB m. 724'de bilimsel değer arz eden bir buluntunun, bulunduğu kanton idaresine ait olacağı öngörülmüş; TMK m. 773'de ise "*bilimsel değeri olan sahipsiz doğal şeyler ile eski eserlerin bulunması hâlinde özel kanun hükümleri uygulanır*" ifadeleri kullanılmıştır.¹² TMK'da atıf

⁹ Codice civile, Art. 932: "Tesoro è qualunque cosa mobile di pregio, nascosta o sotterrata, di cui nessuno può provare di essere proprietario."

¹⁰ ABGB §398: "Bestehen die entdeckten Sachen in Geld, Schmuck oder andern Kostbarkeiten, die so lange im Verborgenen gelegen haben, daß man ihren vorigen Eigenthümer nicht mehr erfahren kann, dann heißen sie ein Schatz." İngiliz hukukunda, bir buluntunun hukuken define sayılabilmesi için Kıta Avrupası hukuk düzenlerinden farklı olarak birtakım ek koşullar aranmaktadır. Keza ilgili hukuk düzenince, yalnızca belirli bir yaşın üzerinde olan veya içerdiği metal oranı öngörülen ağırlık düzeylerinin altında olmayan eşyalar define sayılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Chris Bevan, "A New Definition of 'Treasure' under the Treasure Act 1996: Watershed Reform or Missed Opportunity?", *The Modern Law Review*, 2024, Vol. 87/2, s. 430-447.

¹¹ Hem İsviçre hem de Türk Medeni Kanunu'nda define; bulunmuş eşyanın (lükata) mülkiyetinin kazanılması üst başlığının içerisinde yer alan bir alt başlık olarak düzenlenmiştir. Ancak definenin şartları ve mülkiyetinin iktisabı hususu, bulunmuş eşya veya diğer taşınır mülkiyeti aslen kazanım sebeplerinden bağımsız niteliktedir. Bu sebeple define ile ilgili hükümlerin, taşınır mülkiyeti kazanım sebepleri içerisinde ayrı ve müstakil bir başlık altında düzenlenmesi yerinde olacaktır. Benzer yönde bkz. Feyzi Necmettin Feyzioğlu, "Lükata ve Define", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1955, C. 20, S. 1-4, s. 169; Döndü Kuşcu, "Hukuki Olarak Define Arayıcılığı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2019, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, C. 25, S. 2, s. 1094, dn. 7.

¹² İsviçre, bilimsel değeri olan bazı eşyaların kazanımının, özel hukuk hükümlerine tabi olamayacağı prensibini kanunlarında açıkça belirterek bu açıdan definenin kapsamını daraltan ilk ülkelerden biri olmuştur. Rudolf Hübner, *A History of Germanic Private Law*, çev. Francis Philbrick, The Lawbook Exchange Ltd, New Jersey, 2000, s. 431.

yapılarak uygulanacağı belirtilen özel kanun hükümleri, aşağıda detaylı bir biçimde değinileceği üzere, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile bu kanuna dayanılarak yürürlüğe konan mevzuattır. Söz konusu mevzuat uyarınca; bilimsel değer arz eden ve korunması gerekli nitelikte olan kültür ve tabiat varlıklarının maliki, bulan kişi ya da bulunduğu yer önem arz etmeksizin doğrudan doğruya devlettir. Böylelikle, kanun icabı bahsi geçen eserler üzerinde bir tür kamu mülkiyeti tesis edilerek kültür ve tabiat varlıklarının define konusu olamayacağı kararlaştırılmıştır.¹³

Görüleceği üzere; İsviçre ve Türk kanun koyucuları, definenin tanımını noktasında gömülme ve saklanma olgularını birbirinden ayırmış, gizlenme fiilinin eşyanın bulunmasına nazaran çok daha erken bir dönemde tamamlanmış olması gerektiğini belirtmiş, malikin tespit edilememesi, eşyanın bilimsel bir değeri bulunmaması ve belirli bir kıymeti haiz olması hususlarını da zorunlu birer şart olarak ele almıştır.¹⁴ Tüm bu ifadelerden yola çıkarak denilebilir ki; bir buluntunun, hukukumuzca define olarak kabul edilebilmesi için beş farklı şartın aynı anda sağlanması zorunludur. Bu şartlar; buluntunun taşınır bir eşya olması, uzun zaman önce gömülmüş veya saklanmış olması, malikin tespit edilememesi, eşyanın belirli bir kıymete haiz olması ve bilimsel bir değer taşımaması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

II. DEFİNENİN KOŞULLARI

A. Taşınır Eşya Olması

Bir buluntunun, Türk hukukuna göre define olarak nitelendirebilmesi için öncelikle taşınır eşya statüsünde olması gerektiği vurgulanmalıdır. Aslında define kavramının hukuki tanımlanmasının yapıldığı

¹³ Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2016, s. 515; Oğuz Aydos, "Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2008, C. 66, S. 4, s. 64, dn. 15; Kuşçu, Define Arayıcılığı, s. 1095-1096 vd. Serda Kurtoğlu, "Definenin Hukuki Mahiyeti ve İktisabı", *Ankara Barosu Dergisi*, 1955, S. 6, s. 386-387; Colin Martin, "De la Propriété des Trésors Monétaires", *Revue belge de Numismatique et de Sigillographie*, 1970, Vol. 116, s. 26.

¹⁴ İhsan Erdoğan, "Hukuki Açıdan Define", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 27, S.1-2, s. 517-518 vd.

TMK m. 772’de, ZGB m. 724 ile paralel olarak, definenin konusunu yalnızca taşınurların oluşturacağı açıkça belirtilmemiş ve eşyanın “değerli şey” niteliğinde olması, define sayılması için yeterli görülmüştür. Ancak buluntunun, mutlaka taşınır eşya olması gerektiği hususu doğrudan doğruya kanun koyucu tarafından belirtilmese dahi Roma hukukundan beri süregelen yerleşik kurallar gereğince hem Türk hem de İsviçre doktrininde definelerin yalnızca taşınır eşyalardan oluşabileceği görüşü benimsenmiştir.¹⁵ Bundan ötürü; özüne zarar verilmeksizin bir yerden bir yere kendi gücüyle veya dış bir etki aracılığıyla taşınmayan eşyalar define olarak değerlendirilemez.¹⁶ Söz gelimi, mozaik kaplı bir zeminin veya ana taşınmaza bağlı kıymetli taşlarla döşeli sütun parçalarının hukuken define sayılması mümkün değildir.¹⁷

Bir taşınırın define olarak nitelendirilebilmesi için mutlaka insan işlemesi sonucu meydana gelmiş olması zorunlu olmamakla birlikte malın; insanlar tarafından kullanılmış ve üzerinde bir zamanlar mülkiyet kurulmuş olması şarttır. Nitekim define, doğada serbest şekilde bulunan vahşi hayvanlar, taşlar, midyeler, istiridyeler veya mercanlar gibi daha öncesinde hiç kimsenin mülkiyetine girmemiş bir mal değildir.¹⁸ Bu tür eşyalar, sahihsiz mal (*res nullius*) niteliğinde olup mülkiyetleri define hükümlerince değil; TMK m. 767-768 hükümlerince sahiplenme (*occupatio*) yoluyla kazanılır.¹⁹ Benzer şekilde, işlenmemiş halde bulunan maden cevherleri ile ham petroler de define sayıla-

¹⁵ Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 598; Kemal Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2. Baskı, Ankara, 1978, s. 683; Kuşçu, *Define Arayıcılığı*, s. 1095; Eren, s. 515; Paul-Henri Steinauer, *Les Droits Réels I*, Stämpfli&Cie, Bern, 2019, s. 57. Fransız hukukunda da benzer bir durum söz konusudur. Bkz. Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français I*, Recueil Sirey, Paris, 1938, s. 931. Definenin konusunu yalnızca taşınurların oluşturabileceği hususu, MS. 474 yılından itibaren Roma hukukunda ve modern İtalyan Medeni Kanunu’nda ise şüpheye yer bırakmayacak bir biçimde ifade edilmiştir. Bkz. Erdödy, s. 137.

¹⁶ Taşınır eşya; niteliği itibarıyla cismani şeyler olup; özünde bir değişikliğe sebep olmaksızın kendi gücüyle veya dış bir güç vasıtasıyla bir yerden bir yere taşınabilen eşyalardır. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2020, s. 533; Gökhan Antalya, *Eşya Hukuku*, C. IV/1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 85.

¹⁷ Hill, s. 11; Erdoğan, s. 518.

¹⁸ Hübner, s. 430; Hill, s. 45.

¹⁹ İngiliz hukukunda doğal şeylerin define konusu olamayacağı açıkça öngörülmüştür. Bkz. The Treasure Act 1996, art. 1.2.

maz.²⁰ Fakat işlenmiş bir maden külçesinin veya bir petrol varilinin bulunması halinde diğer koşulların da karşılanması şartıyla define hükümlerinin uygulama alanı bulması söz konusu olabilir.²¹

B. Uzun Zaman Önce Gömülmüş veya Saklanmış Olması

Değerli bir eşyanın, define olarak nitelendirilebilmesi için bulunmasından uzun zaman önce gömülmüş veya saklanmış olması gerekmektedir.²² Öncelikle, kanun koyucu tarafından bizzat tercih edilen “gömülmüş veya saklanmış olmak” ifadelerinden ne anlaşılması gerektiği hususunun belirtilmesi faydalı olacaktır. Kanunda geçen “gömülmüş olmak” ifadesi ile değerli eşyanın, bir zemin veya yüzeyin altına gizlenmesi kast edilmektedir. Dolayısıyla bir taşının gömülmüş olarak nitelendirilebilmesi için toprak, kar, buz veya su altında bulunması şartı aranır.²³

“Saklanmış olmak” kavramı ise gömülme ifadesine göre daha kapsamlı olup bir taşının herkes tarafından erişilemeyen bir konumda olması anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, değerli eşyanın; bir çekmece, sandık, dolap ya da kitap sayfaları arasına gizlenmesinde olduğu gibi bir taşının içerisine yerleştirilmesi durumunda saklanmış olma şartı sağlanmış olur.²⁴ İlaveten eşyanın; tavan arasına, duvar içerisine, ya da bir ağaç kovuğuna gizlenmesi halinde de saklanmış olduğu varsayılmaktadır. Ancak kanaatimizce, herkes tarafından kolaylıkla erişilemeyen, gözlerden uzak bir yerde bulunması koşuluyla açık alanda keşfedilen değerli eşyaların da yerine göre define olarak

²⁰ Kurtoğlu, s. 386. Maden cevherlerinde tasarruf yetkisi açısından 3213 sayılı Maden Kanunu kapsamında; petrol kaynakları açısından ise 6236 sayılı Petrol Kanunu ile çeşitli sınırlamalar getirilmiş olup; bu varlıklar üzerinde özel mülkiyet kurulma imkânı kısıtlanmıştır. Bkz. Maden Kanunu, m. 4: “Madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde buldukları arzın mülkiyetine tabi değildir.” Ayrıca bkz. Petrol Kanunu, m. 1: “Türkiye’deki petrol kaynakları devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.”

²¹ Erdoğan, s. 520; Kuşçu, Define Arayıcılığı, s. 1096, dn. 15.

²² Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2015, s. 342.

²³ Benzer yönde bkz. Erdoğan, s. 518.

²⁴ Jossierand, s. 932; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 683; Ferit Saymen/Halid Elbir, Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s. 448.

nitelendirilmesi mümkün olmalıdır.²⁵ Örneğin bir dağcının, tırmanış sırasında dağ eteklerine para kesesi yerleştirmesi veya bir izcinin değerli eşyalarını, ormanın derinliklerindeki bir ağacın kenarına bırakması hallerinde olduğu gibi uzun yıllar sonra açık alandaki bu eşyaların tesadüfen bulunması durumlarında yine define hükümleri uygulanmalıdır.

Türk hukuku açısından definenin mutlaka maliki tarafından bilinçli bir eylem neticesinde gömülme veya saklama saikiyle gizlenmesi zorunlu değildir. Zira bu yöndeki bir saikin zorunluluk olarak aranması halinde, ilgili durumun mahkeme önünde ispatı oldukça güç olacağı için define yoluyla mülkiyet iktisabı işlevsiz bir konuma gelecektir. Dolayısıyla, değerli eşyanın bizzat malik, malik dışında herhangi bir üçüncü kişi ya da bir hayvan tarafından gizlenmesi halleri arasında bir fark bulunmamaktadır.²⁶ Benzer şekilde, gizlenme olgusunun mutlaka insan fiiliyle gerçekleşmesi de şart değildir. Bundan ötürü; eşyanın deprem, sel, yangın veya heyelan gibi tabii olaylar aracılığıyla gizlendiği durumlarda da define vasfını haiz olmasında bir engel yok-

²⁵ Türk Dil Kurumu'na göre de "saklamak" kelimesi; "kaybolmaması, görünmemesi için gizli bir yere koymak, kaldırmak; hafız etmek, görünmesine engel olmak, ortalıkta bulundurmamak" anlamlarına gelmektedir. Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>. Dolayısıyla hem kanunun lafzı hem de amacı ışığında herkes tarafından kolaylıkla erişilemeyen açıkta duran değerli eşyaların define olarak ele alınmasında hukuken bir engel yoktur. Aksi yönde bkz. Eren, s. 515; Esener/Güven, s. 342.

²⁶ İngiliz hukukunda ise uzun yıllar boyunca, yerleşik içtihatlar çerçevesinde, değerli eşyaların, define olarak nitelendirilebilmesi için maliki tarafından bilinçli bir şekilde ve sonradan geri almak niyetiyle (animus revocandi) gizlenmiş olması gerekli görülmekteydi. Ancak bilinçli gizleme şartı, somut olaylarda birçok ispat zorluğuna sebebiyet verdiği için İngiliz doktrininde yoğun bir biçimde eleştirilmiştir. Bu konuda bkz. Philip William Carlyon-Britton, "Treasure Trove, the Treasury and the trustees of the British Museum", *British Numismatic Journal*, 1905, Vol 1, No. 1, s. 336; Joseph Anderson, "Treasure Trove", *The Scottish Historical Review*, 1903, Vol. 1, No. 1, s. 76; William Martin/Godfrey Lushington, "The Law of Treasure Trove", *Journal of the Royal Society of Arts*, 1908, Vol. 56, No. 2883, s. 354. Ayrıca bkz. Attorney-General v. Trustees of British Museum, 1903. Nihayetinde kanun koyucu, yapılan eleştirileri göz önüne alarak 1997 yılında yürürlüğe giren The Treasure Act isimli yasada, define koşulları arasında değerli eşyaların maliki tarafından bilinçli bir şekilde gizlenmesi gerektiği hususuna yer vermemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bevan, s. 432-433; Roger Bland/Michael Lewis/Daniel Pett/Ian Richardson/Katherine Robbins/Rob Webley, ed. Gabriel Moshenska, "The Treasure Act and Portable Antiquities Scheme in England and Wales", *Key Concepts in Public Archaeology*, Londra, 2017, s. 108-109 vd.

tur.²⁷ Gerçekten de gömülme veya saklanmanın insan eliyle yapılması asli bir şart kabul edildiği takdirde, gömülen ya da saklanan yer ile keşfin yapıldığı yerin birebir aynı olması gerekir ki bu durumun ispatı da oldukça güçtür. Son olarak, kanaatimizce, definenin açığa çıkartılmasında da mutlaka insan fiili mevcudiyeti aranmamalıdır. Böylelikle, bir eşya tabii olaylar sonucunda veya hayvan müdahalesiyle ortaya çıktığı zaman diğer koşulların da sağlanması şartıyla define hükümlerinin uygulama alanı bulması söz konusu olabilir.²⁸

Belirtilmesi gereken bir diğer önemli konu; Türk hukuku açısından bir buluntunun define olarak nitelendirilebilmesi için yalnızca gömülmüş veya saklanmış olması yeterli olmayıp; aynı zamanda eşyanın bulunmasından uzun bir zaman önce gizlenmiş olması koşulunun da arandığı hususudur.²⁹ Nitekim kanunda verilen tanımda definenin konusunun; *“bulunmalarından çok zaman önce gömülmüş veya saklanmış olduğu anlaşılan değerli şeyler”* olduğu belirtilmiştir. Fakat TMK’da geçen *“çok zaman önce”* ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, kavramın göreceli olması sebebiyle açık değildir. Şayet eşyanın, kendine özgü özelliklerinden, bulunuş tarzından veya gizlenme şeklinden tespit edilebildiği kadarıyla günümüze ya da oldukça yakın bir geçmişe ait olduğu kolaylıkla anlaşılıyorsa bu halde define hükümleri uygulanmaz.³⁰ Yargıtay da söz gelimi hâlihazırda tedavülde olan paraların, uzun zaman önce gizlenmiş olamayacağı gerekçesiyle define

²⁷ Aydos, s. 64, dn. 16; Erdoğan, s. 518; Kuşçu, Define Arayıcılığı, s. 1096, dn. 16.

²⁸ Almanya’da domuzlar tarafından toprağın eşelenmesi suretiyle değerli sikkelerin ortaya çıkarıldığı ve sonrasında bunların arazi sahibince fark edildiği bir olayda söz konusu sikkeler, hukuken define sayılmıştır. Bkz. Hill, s. 49-50. Benzer bir olay İtalyan mahkemelerine de yansımıştır. 29 Aralık 1887 gecesi İtalya’nın Anzio bölgesinde şiddetli bir fırtına çıkmış ve bu fırtınanın etkisiyle su altında bulunan kıymetli bir heykel parçası kıyıya vurmuştur. Ertesi sabah kıyıya vuran bu heykel, Morvilles ailesinden bir balıkçı tarafından Aldobrandini ailesinin mülkü içerisinde tesadüfen fark edilmiş, sonrasında ise bulunan bu eşyanın niteliği ve kime ait olduğu noktasında çıkan ihtilaf mahkemeye yansımıştır. İtalyan Temyiz Mahkemesi, 1906 yılında verdiği kararında, bulunan heykelin doğa olayları sonucu ortaya çıkmasına rağmen define niteliğini haiz olduğunu kabul etmekle birlikte definenin balıkçı tarafından keşfedilmediğine ve mülkiyetinin Aldobrandini ailesine ait olduğuna hükmetmiştir. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Silvio Perozzi, *Tra la fanciulla d’Anzio e la Niobide: Nuovi studi sul tesoro*, Vallardi, Milano, 1910, s. 1-32.

²⁹ Saymen/Elbir, s. 448-449; Esener/Güven, s. 342.

³⁰ Benzer yönde bkz. Erdoğan, s. 518.

olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir.³¹ Bu noktada, kanımızca çok zaman önce gizlenme şartı hususunda Roma hukuku hükümlerine başvurmak faydalı olacaktır. Roma hukukuna göre, define; kim tarafından veya ne şekilde gizlendiğine dair hafızalarda hiçbir hatıra bulundurmeyen (*cuius non exstat memoria*) ve bu sebeple maliki artık tespit edilemeyen kıymetli şeylerdir.³² Benzer şekilde, Türk hukuku açısından da definenin malikine ait tüm hatıraların ortadan kalktığı bir zaman aralığının geçmiş olması, kanundaki çok zaman önce gizlenme şartının karşılanması açısından yeterli sayılmalıdır.

C. Belirli Bir Değeri Haiz Olması

TMK m. 772'ye göre; tüm taşınurlar değil yalnızca malikinin bulunmadığı kesin olarak anlaşılan değerli şeyler define sayılmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından eşyanın belirli bir değere sahip olması gerektiği açık bir biçimde ifade edilmiştir. İlgili maddede kast edilen değer, eşyaya atfedilen manevi değer olmayıp onun ekonomik bir kıymete haiz olması gerektiği ile ilgilidir.³³ Bir eşyanın ekonomik değerinin olması, bir diğer ifadeyle parayla ölçülebilmesi için ise yurt içi ya da yurtdışı piyasalarında alım satım değerinin objektif olarak tespit edilebilmesi gerekmektedir.³⁴ Bu bağlamda; ziynet eşyaları, mücevherler ya da kıymetli taşlarla bezenmiş süs eşyaları hukuken bir define teşkil edebilir.³⁵ Ayrıca tedavülden kaldırılmış paralar, eski halılar, tespihler, silahlar, sedef kakma, fildişi bezeme veya bağa işlemeli süs eşyaları da koleksiyon değerine sahip olmaları ve TMK m. 723 kapsamına girmemeleri koşuluyla define olarak nitelendirilebilir.

D. Malikinin Bulunmadığına Dair Şüphe Olmaması

Değerli bir eşyanın hukuki açıdan define olarak ele alınabilmesi için gerekli olan bir diğer şart, eşyanın gerçek malikinin bulunmadığı konusunda şüphe olmamasıdır. Bu şart mevcudiyetini, kanunda geçen "...artık malikinin bulunmadığı kesin olarak anlaşılan değerli şeyler defi-

³¹ Bkz. Y. 4. HD, T. 1.10.1932 K. 2436/1708. Karar için bkz. Feyzioğlu, s. 185.

³² Di Marzo, s. 260.

³³ Eren, s. 516; Kuşçu, Define Arayıcılığı, s. 1097.

³⁴ Saymen/Elbir, s. 448; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 683; Kuşçu, Define Arayıcılığı, s. 1097; Kurtoğlu, s. 387; Feyzioğlu, s. 186; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 598.

³⁵ Saymen/Elbir, s. 449; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 598.

ne sayılır." ifadelerinde bulunmaktadır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; ilgili madde uyarınca define, maliki artık mevcut olmadığı için sahipsiz mal (*res nullius*) niteliğinde sayılmalıdır.³⁶ Ancak bu yorum, malı bizzat gizleyen kimsenin hala yaşıyor olması ya da ölmesi halinde mirasçılara geçmesi gereken mülkiyet hakkının, malın gizlenmiş olması veya gizlenen yerden haberdar olunamaması sebebiyle ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Fakat mirasçılarının, malın saklandığından veya saklandığı yerden haberdar olmaması, bu mal üzerinde sahip olmaları gereken mülkiyet hakkının ortadan kalkmasına yol açmamaktadır. Zira aynı hak niteliğinde olan mülkiyet hakkı, eşyanın belirli bir süre kullanılmamasıyla sona ermez.³⁷

Öte yandan, definenin mülkiyeti, bulan kişi tarafından mal üzerinde fiili hâkimiyet kurmak suretiyle elde edilmez. Keza definenin iktisabı, sahipsiz mallar için öngörülen aslen kazanım biçimlerinden olan sahiplenme yoluyla değil; müstakil bir mülkiyet iktisap biçimi öngören TMK m. 772 gereğince içinde bulunduğu mülk sahibince kazanılmaktadır.³⁸ Dolayısıyla ilgili şart; malikin artık var olmaması sebebiyle malın sahipsiz bir hale geldiği şeklinde değil; fakat mülkiyet hakkını ispatlayabilecek herhangi bir kişinin tespit edilememesi nedeniyle eşyanın kanunen iktisaba açık hale gelmesi olarak yorumlanmalıdır.³⁹ Burada kazanılan mülkiyetin, malikin ortaya çıkmayacağına yönelik adi bir karineye

³⁶ Eren, s. 515; Erdoğan, s. 520-521; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 598. Bu yorum temelde, İsviçre kanun koyucusu tarafından define hükümleri noktasında tercih edilen terimlerden kaynaklanmaktadır. Zira ZGB'nin 723. maddesinde define için "maliki artık mevcut olmayan eşya" şeklindeki bir ifade tarzına yer verilmesi ("keinen Eigentümer mehr hat") definenin sahipsiz mal haline geldiği şeklinde yorumlanmıştır. Ancak kanaatimizce, burada kast edilen husus, malikin cismani açıdan yokluğu değil; tespit edilememesi sebebiyle yalnızca farazi olarak sayılmasıdır. Bu husus ise malın sahipsiz bir eşyaya dönüştüğü şeklinde anlaşılmalıdır. Nihayet Alman ve Avusturya Medeni Kanunları'nda verilen define tanımlamalarına bakıldığında definenin konusunu, şüpheye yer bırakmayacak bir şekilde, maliki tespit edilemeyen eşyaların oluşturduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda; BGB §984'de define; "artık maliki tespit edilemeyen şeyler" ("daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln") ABGB §398'de ise "önceki maliki artık bulunamayan şeyler" ("daß man ihren vorigen Eigenthümer nicht mehr erfahren kann") olarak tanımlanmıştır.

³⁷ Mehmet Ayan, Eşya Hukuku II Mülkiyet, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, 2016, s. 33.

³⁸ Kurtoğlu, s. 388.

³⁹ Benzer yönde bkz. Aydos, s. 64, dn. 17; Steinauer, s. 57.

dayandığı belirtilmelidir. Eğer bir gün gerçek malik çıkıp gelerek ilgili eşya üzerinde mülkiyet iddiasında bulunup bu durumu ispatlarsa define hükümleri değil, bulunmuş eşya hükümleri uygulanacaktır.⁴⁰ Böylesi bir olayda, henüz taşınır mülkiyetinin iktisabı için gerekli kazandırıcı zamanaşımı sürelerinin de geçmemiş olması halinde malın iade edilmesi gerekecek ve bulan kişinin iyiniyetli olması koşuluyla iade zamanına kadar iyiniyetli zilyet hükümleri uygulanacaktır.⁴¹

E. Bilimsel Değer Taşımaması

Yukarıda belirtilen tüm şartlar bir değerli taşınırın hukuken define olabilme vasfını kazanabilmesi için aranan olumlu şartlardır. Fakat ayrıca TMK m. 773 ile define niteliğinin elde edilebilmesi açısından eşyada bulunmaması gereken bir vasıf, müstakil bir olumsuz şart öngörülmüştür. İlgili kanun metni şu şekildedir: “*Bilimsel değeri olan sahihsiz doğal şeyler ile eski eserlerin bulunması hâlinde özel kanun hükümleri uygulanır.*” Dolayısıyla eşya, bilimsel bir değer arz etmesi durumunda define olarak nitelendirilemeyecek ve mülkiyetinin kime ait olacağı hususu özel kanun hükümlerine göre çözülecektir. Bahsi geçen özel kanun hükümleri, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (KTVKK) ile bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerdir.⁴²

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’na göre bir taşınırın, ilgili Kanun’un 23. maddesi kapsamında korunması ge-

⁴⁰ Eski kanunumuzda lükata olarak geçen bulunmuş eşya hükümleri gereğince bulan kimse, sonradan ortaya çıkan malikten mala yaptığı tüm giderleri isteyebileceği gibi uygun bir ödül de talep edebilir. Buradaki ödül, eşyanın niteliğine ve gösterilen emeğe göre takdir edilmektedir. Kaybedilmiş şeyi bulan kimse, giderleri ve ödül miktarı kendisine ödeninceye kadar eşyayı alıkoyma hakkına sahiptir. Ancak kaybedilen eşya, işyerinde, oturlan bir evde ya da kamu hizmeti görülen bir alanda bulduysa o halde bulan kişi; yerin sahibi, kiracılar veya resmi kurum sayılır ve bunlar yalnızca giderlerini alma hakkına sahip olup ayrıca bir ödül talep edemez. Eren, s. 512; Esener/Güven, s. 341-342; Sirmen, s. 546-547.

⁴¹ Feyzioğlu, s. 186; Kurtoğlu, s. 387; Kuşçu, Define Arayıcılığı, s. 1097.

⁴² Nurten Yetik, Açıklamalı İçtihatlı Türk Medeni Kanunu’nda Eşya Hukuku, Bilge Yayınları, Ankara, 2007, s. 1072. Ayrıca Define Arama Yönetmeliği’nde define; “gömülmüş veya saklanmış olduğu ve duruma göre artık malikinin bulunmadığı kesin olarak anlaşılan, 2863 sayılı Kanun’un 6’ncı ve 23’üncü maddeleri dışında kalan ve bilimsel değer taşımayan menkul varlıklar” olarak tanımlanır. İlgili Yönetmelik hükmünden de doğrulandığı üzere; hukuki açıdan definenin konusunu, yalnızca 2863 sayılı KTVKK kapsamına girmeyen eşyalar oluşturmaktadır.

rekli nitelikte kültür veya tabiat varlığı olduğu tespit edilirse defineyle ilgili TMK hükümleri uygulanmaz. Zira KTVKK m. 5 gereğince “*korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir.*”⁴³ Kanun gereği kamu malı olan bu taşınır, özel hukuk kapsamındaki mülkiyet iktisap kurallarının dışındadır.⁴⁴ Bu bağlamda; ilgili hükümler gereğince, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait, çeşitli bilim dalları açısından belge değeri taşıyan, ait olduğu dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özelliklerini yansıtan korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları kural olarak define statüsünde değildir. Bir taşınırın, bahsi geçen özellikleri haiz olup korunması gerekli nitelikte bulunduğu tespititi; Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik (KKTVY) m. 5 gereğince Kültür ve Turizm Bakanlığı’na bağlı müze müdürlükleri tarafından kurulan değerlendirme komisyonlarınca yapılır.⁴⁵ Yapılan değerlendirme sonucunda, bulunan varlığın, KTVKK m. 23 kapsamında devlet eliyle korunması gerektiği sonucuna varılırsa bu eserler üzerinde özel mülkiyet kurulabilmesi söz konusu olmayacaktır.⁴⁶

⁴³ Mevaz kanun olan İsviçre Medeni Kanunu’na göre bu nitelikteki varlıkların mülkiyeti, içinde buldukları kantonların kamu tüzel kişiliğine aittir. Şu hâlde; İsviçre hukukunda da bilimsel değer arz eden eserlerin, özel hukuk hükümlerine göre devredilmesi ya da emin sıfatıyla zilyetten iyiniyetle veya kazandırıcı zamanışıma sürelerine uyularak iktisap edilmesi söz konusu değildir. Martin, s. 26; Marc-André Renold, “Le droit de l’art et des biens culturels en Suisse: questions choisies”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 2010, Vol. 129/1, s. 151.

⁴⁴ Sirmen, s. 548.

⁴⁵ KKTVY m. 5: “Taşınır geçici alındısı karşılığı müzeye teslim edilen varlıkların, korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı olup olmadığını ve müzeye alınacaklarla alınmayacakları tespit etmek için ilgili müze müdürlüğüne değerlendirme komisyonu kurulur. Değerlendirme komisyonu teşkili için yeterli elemanı bulunmayan müzeler Bakanlıktan ihtisas elemanı talep eder.” Bulunan varlığın, değerlendirme komisyonu tarafından KTVKK m. 23 kapsamında olup olmadığının tespitinde eserin niteliği de dikkate alınır. Başka bir deyişle, komisyon kararları; ilgili varlığın arkeolojik, etnografik ya da güzel sanat eseri niteliğinde olup olmasına göre değişkenlik gösterebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Mert Özyıldırım, “Taşınır Kültür Varlıklarının Hukuka Uygun Bir Biçimde Devredilebilmeleri Açısından Türk Hukukunda Kabul Edilen Yöntemler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, C. 26 S. 3, s. 393-424.

⁴⁶ Sabih Kanadoğlu, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2007, s. 195-196; Nusret İlker Çolak, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2015, s. 798.

Kültür varlıkları içerisinde yer alan etnografik eserler açısından ise ilgili mevzuatta bazı özel hükümler öngörülmüştür. Buna göre; günümüzden en az 100 yıl öncesi bir döneme ait olmayan etnografik eserler ile Osmanlı Padişahlarından Abdülmecit, Abdülaziz, V. Murat, II. Abdülhamit, V. Mehmet Reşat ve VI. Mehmet Vahidettin dönemine ait sikkeler, 2863 sayılı Kanun'un kapsamı dışında olup korunması gerekli nitelikte değildir.⁴⁷ Korunması gerekli olmayan bu varlıklar, kanaatimizce define kapsamında değerlendirilebilir.⁴⁸ Aynı şekilde müze müdürlükleri tarafından kurulan değerlendirme komisyonlarınca korozyona uğradığı, teşhir kabiliyetini kaybettiği, belge değeri taşımadığı, düşük kondisyonda bulunduğu gibi gerekçelerle korunması gerekli görülmeyerek 2863 sayılı Kanun'un kapsamı dışında olduğu tespit edilen varlıklar üzerinde de define hükümlerince mülkiyet kurabilmek mümkündür.

III. DEFİNENİN İKTİSABI

Roma hukukunda *Hadrianus'*un imparatorluğu döneminde geçerli olan ve uzun yıllar sonra *Iustinianus* döneminde de yeniden benimsenen prensibe göre; kişinin kendi arazisinde bulunduğu defineler ile başkasının arazisinde bulunduğu defineler birbirinden farklı hukuki re-

Söz gelimi, hayvan veya insanlara ait fosil ve iskeletler, meteor taşları, antik Roma dönemi sikkeleri, figürinleri veya benzeri arkeolojik eserler define statüsünde değildir. Bkz. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 16. Baskı, İstanbul, 2013, s. 758; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 683; Esener/Güven, s. 343.

⁴⁷ Ali Yağcı/Rabia Taş/Tuğçe Kılıç, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (Açıklamalı-İçtihatlı), Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2016, s. 115; Oğuz Sancakdar/Pınar Yağcı/Şükür Taşyıldız/Ezgi Çırak, Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 861-862. Ayrıca bkz. KTVKK m. 23: "Osmanlı Padişahlarından Abdülmecit, Abdülaziz, V. Murat, II. Abdülhamit, V. Mehmet Reşat ve Vahidettin ve aynı çağdaki sikkeler, bu Kanuna göre tescile tabi olmaksızın yurt içinde alınıp satılabilirler. Bu madde kapsamına girmeyen sikkeler bu Kanunun genel hükümlerine tabidir." Diğer taraftan, Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzeler Alınmaları Hakkında Yönetmelik m. 3 korunması gerekli nitelikte olan tescile tabi etnografik eserleri; "günümüzden yüz yıl öncesine kadar olanlar hariç, halkın hayat tarzını, dönemin sosyal, teknik ve ilmi özellikleri ile kültürünü temsil eden araç ve gereçler dâhil bilim, kültür, din ve mihaniki sanatlarla ilgili, belge değeri bakımından korunması gerekli insan yapısı taşınır" şeklinde tanımlanmaktadır.

⁴⁸ Benzer yönde bkz. Erdoğan, s. 526.

jimlere bağlanmıştır. Bu düzenleme gereğince, bir kişi kendi arazisinde define bulduğu takdirde bulduğu definenin tamamının, başka bir kişinin arazisinde bulması halinde ise yalnızca yarısının maliki olacağı kabul edilmiştir. Bu ihtimalde, keşfin yapılmasıyla birlikte taraflar arasında hukuken (*ipso iure*) bir tür paylı mülkiyet ilişkisi kurulmakta ve defineyi bulan ile mülk sahibi, tüm buluntu üzerinde yarı yarıya malik olmaktadır.⁴⁹

Roma hukukunun temel prensiplerini takip eden Alman Medeni Kanunu (BGB) ve Fransız Medeni Kanunu'nda da (Code Civil) *Hadrianus'*un define ile ilgili hükümleri benimsenmiştir. Buna göre; şayet bulan kişi kendi mülkünde define bulursa, definenin tamamına tek başına malik olmakla birlikte, üçüncü bir kişinin taşınır ya da taşınmazında bulursa, bulunan eşyanın mülkiyetinin yarısı keşfedene yarısı da mülk sahibine ait olmaktadır.⁵⁰ Kıta Avrupası hukukuna nazaran farklı gelişim aşamaları geçiren ve yerleşik örf adetlerin büyük ölçüde hukuki düzenlemelerde esas alındığı İngiliz hukukundaysa define, doğrudan doğruya hanedana aittir.⁵¹

Son olarak İsviçre ve Türk hukukunda benimsenen iktisap kuralına göre define; içinde bulunduğu taşınır ya da taşınmaz malikine ait olur. Bir hukuk politikası tercihi sonucu benimsenen ilgili iktisap biçiminde, definenin mülkiyetinin kazanımı malik açısından aslen ve derhal gerçekleşir.⁵² Kıymetli eşyayı bulan kişiye ise yalnızca definenin yarısını aşmayacak bir miktarda ödül verileceği karara bağlanmıştır.⁵³ Dolayısıyla, eğer bulan kişi defineyi mülk sahibine teslim etmeyip alıkoyarsa kendisine, malik tarafından bir istihkak davası açılabilir.⁵⁴ Ancak bahsedilen paylaşım yönteminin, kural olarak, definenin bizzat mülk sahibi ya da üçüncü bir kişi tarafından tesadüfen bulunması haline özgü olduğu vurgulanmalıdır. Zira definenin bilinçli bir arama

⁴⁹ Söğütü, s. 684; Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku, s. 147; Erdoğan, s. 87; Hill, s. 12; Şakir Berki, "Romada Aynı Haklar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1948, C. 5, S. 1, s. 358.

⁵⁰ Hübner, s. 60.

⁵¹ Bevan, s. 431-432.

⁵² Şeref Ertaş, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2005, s. 455.

⁵³ Esener/Güven, s. 343; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 757; Eren, s. 513-514; Sirmen, s. 548; Saymen/Elbir, s. 449.

⁵⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 599; Ayan, s. 584.

faaliyeti sonucunda bulunması halinde özel hüküm niteliğinde olan Define Arama Yönetmeliği'nce (DAY) farklı ödül oranları tayin edilmiştir.⁵⁵

Hukuka uygun bir biçimde define araması yapılabilmesi için DAY hükümleri uyarınca aramanın yapılacağı yer maliki gerçek kişilerden noterden tasdikli muvafakatname, tüzel kişilerden ise yetkili organlarından alınacak bir izin belgesi alınması zorunlu olup; ayrıca bir de bölge valiliğinden ruhsat tahsisi gerekmektedir.⁵⁶ Bu durumda bulununun maliki, yine definenin bulunduğu taşınır ya da taşınmaz mülk sahibi olmakla birlikte bulan kişinin ödül oranı noktasında TMK'da kararlaştırılandan farklı oranlar gündeme gelecektir. Definenin izinsiz bir biçimde başkasının arazisinde aranıp bulunması halinde hangi kuralların uygulanacağı hususunda ise açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce, böylesi bir durumda bulan kimsenin ödül almasına imkân olmayıp; definenin tamamı herhangi bir yükümlülük altında bulunmaksızın içinde bulunduğu taşınır ya da taşınmaz malikine ait olmalıdır.

IV. BULAN KİŞİNİN HAKKI: ÖDÜL ALACAĞI

A. Genel Olarak

TMK m. 772'deki hükme göre; *"defineyi bulan kimse, değerinin yarısını aşmamak üzere uygun bir ödül isteyebilir."*⁵⁷ İlgili hükümden anlaşılacağı üzere; Türk hukuku açısından bulan kişinin hakkı, Alman

⁵⁵ 27.01.1984 tarih ve 18294 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁵⁶ Define Arama Yönetmeliği m. 7/ç, m. 10.

⁵⁷ 743 sayılı Eski Medeni Kanun'daki (EMK) define hükümlerinin düzenlendiği maddelere bakıldığında ödül kavramı yerine ikramiye kelimesinin tercih edildiği görülmektedir. (EMK m. 696) Lakin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda define bulan kişinin hakkının, bir ödül alacağı niteliğinde olduğu belirtilerek ikramiye kavramının kullanılmasından vazgeçilmiştir. (TMK m. 772) Bkz. Mustafa Reşit Karahasan, Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku: Mülkiyet Hukuku-İlgili Mevzuat-Doktrin Yargıtay Kararları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 2742. Hâlihazırda yürürlükte olan Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'ndaysa kültür varlığı bulan kimselerin, ödül yerine bir ikramiyeye hak kazanacakları yazılıdır. (KTVKK m. 64) Her ne kadar doktrinde, söz konusu kelimeler, aralarında bir fark olmaksızın birbirlerinin yerine kullanılmış olsa da çalışma içerisinde mevcut kanunların lafzı uyarınca defineyi bulan kimsenin alacağı için "ödül", kültür ya da tabiat varlığı bulan kimsenin alacağı için ise "ikramiye" kavramları kullanılmıştır.

ve Fransız Medeni Kanunları'ndaki benzer hükümlere nazaran kısıtlı bir nitelik arz etmektedir. Zira TMK'da diğer ülkelerin muadil düzenlemelerinden farklı olarak, bulan kimseye, bulduğu mal üzerinde bir aynı hak tanınmamış ve kişinin yalnızca mülk sahibine karşı ileri sürebileceği bir şahsi hakka sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu şahsi hakkın sınırı da yine kanun koyucu tarafından definenin değerinin yarısı olarak takdir edilmiştir. Fakat defineyi bulan kişi, bunu kendi mülkü içerisinde keşfederse bu halde zaten mülkiyet hakkına sahip olacağı için ayrıca bir ödül alacağı hususu gündeme gelmez. Bu sebeple definenin, bulunduğu yerin maliki tarafından değil; fakat intifa ya da oturma hakkı sahibi, kiracı veya herhangi bir üçüncü kişi tarafından tesadüfen bulunması durumunda özel hukuk kaynaklı bir ödül alacağı doğmaktadır.⁵⁸ Bu alacağın, resen dikkate alınması mümkün olmayıp; doğrudan doğruya bulan kişi tarafından mülk sahibinden talep edilmesi gerekmektedir.⁵⁹ Ayrıca özel hukuk alacağı mevzu bahis olduğu için ödülün miktarı noktasında ihtilaf halinde hukuk mahkemeleri görevli ve yetkilidir.⁶⁰

B. Bulan Kişi Kavramı ve Ödüle Hak Kazanacak Kişinin Niteliği

TMK ve ilgili mevzuatımızda ödüle hak kazanacak kimsenin kim olduğu ve kanundan doğan şahsi alacak hakkının hangi an elde edileceği hususlarına ayrıntılı bir biçimde yer verilmemiştir. Dolayısıyla mevzuatımızda, defineyi bulan kişi sıfatının; değerli eşyayı ilk gören, ilk defa define olduğunu fark eden ya da malı ilk kez zilyetliğine geçiren kişilerden hangisine ait olduğu açık değildir. Kanaatimizce bu sıfat; definenin bulunduğu taşınır veya taşınmaz malikine ya da kolluk kuvvetlerine haber verilmesi, buluntunun kaybolması ya da zarar görmesinin engellenmesi gibi amaçlarla mal üzerinde ilk defa doğrudan doğruya fiili hâkimiyet tesis eden kimseye aittir.⁶¹ Keza ödül hakkının, malı ilk gören veya onun bir define olduğunu fark eden kimseye tanınması halinde çeşitli ispat sorunları ortaya çıkacaktır. İspat hukuku açısından yaşanabilecek bu yöndeki olası sorunların önüne geçebil-

⁵⁸ Kurtoğlu, s. 368; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 683.

⁵⁹ Esener/Güven, s. 343.

⁶⁰ Erdoğan, s. 532.

⁶¹ Benzer yönde bkz. Hill, s. 49.

mek amacıyla defineyi bulan kişi sıfatının, bir adi karine olarak, mal üzerinde fiili hâkimiyet kuran kimseye ait olduğunun kabulü yerinde olacaktır.⁶²

Taşınır veya taşınmaz malikinin definenin mülkiyetini iktisap edebilmesi için maddi bir fiiline hatta haberinin dahi olmasına gerek yoktur. Zira kazanım kendiliğinden, hukuk gereğince (*ipso iure*) gerçekleşmektedir. Bundan ötürü, buluntunun içine gizlendiği eşyanın maliki açısından fiil ehliyetine ihtiyaç duyulmadığı gibi ayırt etme gücüne sahip olunması dahi gerekmez.⁶³ Fakat defineyi bulan kişi sıfatı açısından aynı durum söz konusu değildir. Ödül hak kazanabilmek için bulan kişinin eşyayı açığa çıkarma fiiline ve buluntu üzerinde fiili hâkimiyet kurma iradesine (*animus possidendi*) ihtiyaç duyulmaktadır. Bu sebeple, ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsizler, keşfeden sıfatını haiz olarak ödül almaya hak kazanamaz.

Bulan kişi kavramı bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus, definenin keşfediliş biçimiyle ilgilidir. Bu bağlamda, her ne kadar kanunda açıkça yer almasa da TMK'da ödül kazanılmasıyla ilgili öngörülen hükümlerin, definenin yalnızca tesadüfen bulunması ihtimaline özgü olduğu açıktır. Çünkü malik ya da üçüncü bir kişi tarafından gerekli makamlardan izin alınarak bilinçli bir şekilde define arandığında özel hüküm niteliğinde olan Define Arama Yönetmeliği m. 18 uyarınca TMK'ya nazaran farklı kurallar uygulama alanı bulacaktır. Ancak define bulmak saikiyle izinsiz bir biçimde başkasının mülkünde arama yapılması ve bir buluntunun elde edilmesi durumunda nasıl hareket edileceği noktasında mevcut bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanımızca bu halde, bulan kimsenin ödül alacağına hak kazanması söz konusu olamaz. Nitekim bulan kişinin, tesadüfe dayanmayan, izinsiz şekilde bulunduğu definelerden dolayı ödüllendirilmesi, kaçak kazı ve sondajların önünü açacaktır. Bundan dolayı böylesi bir durumda, taşınır ya da taşınmaz mülk sahibinin, bulan kimseye karşı yerine getirmesi gereken herhangi bir yükümlülüğünün

⁶² İstisnaen, mal üzerinde fiili hâkimiyet kurulması mevcut olaydaki koşullara göre mümkün değilse, bu halde, defineyi bulan kişi sıfatı; onu ilk defa fark edip somut bir aksiyon olarak definenin varlığı hakkında ilgililere haber veren kişiye ait olmalıdır. Örneğin, malın çok büyük bir toprak yığını altında kalmış olması ya da su altında oldukça derin bir yerde bulunması bu türdendir.

⁶³ Esener/Güven, s. 343.

mevcut olmadığı kabul edilmelidir.⁶⁴ Ödül oranlarının ve uygulanacak hukukun izinli arama faaliyeti veya tesadüfen define bulunması ihtimallerine göre değişebilmesi sebebiyle konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından bu hususların detaylı bir biçimde ayrı ayrı incelenmesi yerinde olacaktır.

C. Definenin Ruhsatlı Arama Faaliyeti Sonucu Bulunması

Türk hukukunda, kaçak kazıların önlenmesi amacıyla definelerin, izinli bir biçimde ruhsat almak suretiyle aranmasına imkân sağlanmıştır.⁶⁵ Bu bağlamda; Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'na dayanılarak Define Arama Yönetmeliği çıkarılmış olup; bahsi geçen Yönetmelik ile ruhsatlı define arayıcılığı noktasında çeşitli özel hükümler getirilmiştir.⁶⁶ İlgili Yönetmeliğin 5. maddesinde belirtildiği üzere; “*define aramak isteyen Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişiler, define arayacakları yerin bağlı olduğu mülki amire bir dilekçe ile müracaat ederler.* Söz konusu maddeden de anlaşılacağı gibi yalnızca Türk vatandaşı gerçek kişilere define arama amacıyla ruhsat alabilme imkânı tanınmış ve yabancılar ile tüzel kişiler yönetmelik kapsamı dışında tutulmuştur.⁶⁷

⁶⁴ İspanyol ve Fransız hukuklarında da definenin üçüncü bir kimsenin arazisinde izinsiz arama sonucu bulunduğu bulan kişiye bir hak tanınmayacağı kabul edilmiştir. Bkz. Belinda Rodríguez Arrocha, “El Tesoro: Evolución histórica y doctrina”, *Anales de la Facultad de Derecho*, 2006, N° 23, s. 47.

⁶⁵ Ancak mülk sahibi, arazisinde define olabileceği varsayımıyla kazı faaliyetlerine izin vermesi için zorlanamaz. Bkz. “Davacılar, kiraladıkları taşınmaz malda define ve eski eserler bulunduğunu ileri sürerek bunların kazılıp meydana çıkarılmasına taşınmaz mal sahibi davalının engel olduğunu, bu itibarla muarazanın önlenmesini istemişlerdir. Medeni Kanun’un 696’ncı maddesinde defineden söz edilmekte ve definenin içine gömüldüğü veya saklandığı taşınmaz malın sahibinin mülkü olduğu belirtilmekte son fıkrasında da defineyi keşfedenin ikramiyeye hakkı olduğu açıklanmaktadır. Maddedeki açık sözlerden defineyi keşfedenin hakkının yalnız ikramiyeye ilişkin olup taşınmazın malikini kazı için zorlamaya elverişli bir hüküm çıkarılması mümkün değildir.” Y. 4. HD, T. 14.12.1965 E. 964/9087 K. 7349. Karar metni için bkz. Karahasan, s. 2743.

⁶⁶ İlgili dayanak maddesinin tam hali şu şekildedir: “Bu Yönetmelik 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 50’nci maddesine, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 772’nci ve 773’üncü maddelerine ve 2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun ekinde yer alan (8) sayılı tarife hükümlerine dayanılarak hazırlanmıştır.” (DAY m. 3)

⁶⁷ Döndü Kuşçu, “Define Arama Yönetmeliğinde Yapılan Değişikliklere Dair Değerlendirmeler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2022, S. 50, s. 102.

Define arama talebini alan mülki amir, müracaatı alır almaz başvuru dosyasını en yakın müze müdürlüğüne göndererek başvurunun evraklarında eksik olup olmadığı ile belirtilen bölgede arama faaliyeti yapılmasında sakınca bulunup bulunmadığını tespit ettirir. Kişinin kendi mülkü içerisinde de ruhsat alarak define aramasını engelleyebilecek bir hüküm yoktur⁶⁸. Ancak başkasının arazisinde define aramak isteniyorsa mülki amirlikten ruhsat talep edilirken mutlaka mülk sahibinin onayını belirten bir belgenin de sunulması lazım gelir.⁶⁹ İlgili bölge müze müdürlüğü yapacağı incelemeler sonucunda, başvuru tarafından Define Arama Yönetmeliği'ne uygun bir müracaat dilekçesi verildiği ve istenen yerde define aranmasında engel olmadığı sonucuna varırsa, hazırlayacağı olumlu raporu, bölge valilik makamına sunar. Son olarak bahsi geçen Yönetmeliğin 10. maddesi gereğince; *“valilikçe yapılan değerlendirme neticesinde müracaatın uygun bulunması durumunda, müze müdürlüğünce hazırlanan ruhsat, define araması yapılacak ilin valisi tarafından imzalanır.”* Bölge valisi tarafından define arama ruhsatının imzalanıp müracaat sahibine teslim edilmesiyle birlikte yapılacak kazı ve sondaj faaliyetleri hukuka uygun hale gelmektedir.⁷⁰

⁶⁸ Define Arama Yönetmeliği'nde yalnızca 2863 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinde belirtilen yerler ile sit alanları ve mezarlıklar içerisinde kazı yapılamayacağı hükmü bulunmaktadır. Başvuru dosyasını alan müze müdürlüğü, define aranacak alanın bu nitelikte olup olmadığı hususunu re'sen inceler. Bkz. DAY m. 9.

⁶⁹ DAY m. 7'de ruhsat alınabilmesi için mülki amirliğe verilecek müracaat dilekçesine ek olarak define aranacak yer sahipli ise; gerçek kişilerden noterden tasdikli muvafakatname, tüzel kişilerden de yetkili organlarından alınacak onayın sunulması gerektiği ifade edilmiştir.

⁷⁰ 21.07.2020 tarihinde, Define Arama Yönetmeliği'nin bazı hükümleri değiştirilmiş ve define ruhsatı için aranan şartlar ağırlaştırılmıştır. Bu değişikliğe; Gümüşhane iline bağlı Dumanlı Köyü sınırları içerisinde bulunan Buzul Çağı'ndan kalma karstik bir göl içerisinde yürütülen kazı ve sondaj faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan tahribatlar sebep olmuştur. Gerçekten de Dipsiz Göl olarak adlandırılan karstik göl yüzeyinde ilgili makamlardan izin almak suretiyle define aranmış ve bu amaçla gölün suyu toprakla doldurularak kurutulmuştur. Göl alanının tahrip edilmesi sonucunda olay medyaya yansımış, ruhsatın hazırlanmasında özensiz davranan yetkililere soruşturma başlatılmış ayrıca Define Arama Yönetmeliği'nde değişikliğe gidilerek başvuru tarafından ibraz edilmesi zorunlu müracaat belgeleri arasına Çevresel Etki Değerlendirme Raporu da eklenmiştir. Dolayısıyla yeni Yönetmelik hükümleri gereğince 21.07.2020 tarihinden itibaren define arama ruhsatı çıkarılabilmesi için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'ndan Çevresel Etki Değerlendirme Raporu alınması zorunludur. Dipsiz Göl'ün tahrip edilmesi akabinde yapılan değişiklikler kapsamında su altında define aranmayacağı hususu

Ruhsatın kimin adına düzenlendiği hususu bilhassa defineyi bulan kişi sıfatının kime ait olacağı ve ödüle kimin hak kazanacağı noktasında önem arz etmektedir. Şöyle ki Türk hukukunda bilinçli bir şekilde define araması yapıldığı takdirde defineyi bulan kişi sıfatı, doğrudan ruhsat sahibi işverene ait olmaktadır. Başka bir ifadeyle; arama faaliyetleri sırasında definenin, ruhsat sahibi kişi haricinde kazı operatörü, kepçeci ya da arama çalışmalarına yardım etmek isteyen gönüllüler tarafından bulunması durumunda bu kimseler, hukuken, defineyi bulan kişi sıfatını kazanamaz. Çünkü bu kişiler ile ruhsat sahibi define arayan kişi arasında hizmet, vekâlet veya vekâletsiz iş görme şeklinde özel bir hukuki ilişki bulunmaktadır.⁷¹ Dolayısıyla bu kimseler, kendi ad ve hesaplarına değil; fakat ruhsat sahibinin ad ve hesabına define arama faaliyetlerine katılmaktadır. Nihayet Yargıtay da hukuki anlamda defineyi bulanın ve dolayısıyla ikramiye almaya hak kazanacak kişinin, işçileri istihdam eden ruhsat sahibi kimse olduğunu belirtmiştir.⁷²

DAY m. 18 gereğince, define araştırması sonucunda bir bulguya rastlanırsa öncelikle, buluntunun ekonomik değeri, Hazine ve Maliye Bakanlığı'na tespit edilir.⁷³ Sonrasında ise bulan kişiye, tespit edilen değer üzerinden bir ödül verilmesi hususu gündeme gelecektir. Her ne kadar bu şekilde bulunan tüm definelerin değer tespiti doğrudan

da özel olarak Yönetmelik metnine dâhil edilmiştir. Konuyla alakalı ayrıntılı bilgi için bkz. Kuşçu, *Define Arama Yönetmeliğinde Yapılan Değişiklikler*, s. 93-114.

⁷¹ Sirmen, s. 548; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 757.

⁷² Kararlar için bkz. Feyzioğlu, s. 189.

⁷³ Bu tespit, definenin bulunduğu yerin mülkiyet sahibinden bağımsız olarak her halükarda Hazine tarafından yapılır. Dolayısıyla arama faaliyetleri sonucunda define, özel kişilere ait bir mülk içerisinde bulunsa dahi buluntunun değerine mülk sahibi karar veremez. Öte yandan, define aramasının, define aranacak yere en yakın müzeden görevlendirilecek iki ihtisas elemanının denetiminde yapıldığı belirtilmelidir. (DAY m. 11) Buluntunun, bu kişiler tarafından kültür ve tabiat varlığı olabileceği şüphesine varılırsa arama faaliyetleri derhal durdurulur ve durum Kültür ve Turizm Bakanlığı'na iletilir. Sonrasında Bakanlık tarafından kurulacak üç kişilik bir uzman heyetince yapılacak değerlendirmeler sonucunda buluntunun gerçekten de kültür veya tabiat varlığı olduğu kanaatine varılırsa ilgili eser müzelere teslim edilecektir. Ancak buluntunun define olduğu sonucuna ulaşırsa taşınır, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na değer tespitinin yapılması amacıyla Hazine ve Maliye Bakanlığı'na teslim edilir. Bkz. DAY m. 17; Eren, s. 514, dn. 90. Ruhsat sahibi bulan kişinin özel hukuk kaynaklı ödül alacağı da yalnızca buluntunun, define olarak nitelendirilmesi halinde bahis konusu olacaktır.

doğruya Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından yapılırsa da ruhsat sahibinin ödül alacağıın muhatabı, Bakanlık değil definenin bulunduğu yerin mülk sahibidir. Zira bu halde de ödül alacağını ortaya çıkaran hukuki ilişki, ruhsat sahibi kişiyle definenin maliki arasında kurulmaktadır. Ancak talep edilebilecek ödül miktarları bakımından Define Arama Yönetmeliği'nde, Türk Medeni Kanunu'ndaki genel hükümlere nazaran farklı ihtimalleri kapsayacak biçimde daha ayrıntılı paylaşım usulleri öngörülmüştür. Ayrıca TMK'dan farklı olarak ruhsat sahibinin yanı sıra Hazine'ye dahi mülk sahibinden belirli durumlarda ödül talep edebilme imkânı sağlanmıştır.

Define Arama Yönetmeliği uyarınca; definenin bulunduğu taşınır ya da taşınmaz, Hazine'ye aitse, değerinin % 50'si ödül olarak ruhsat sahibi kimseye verilecektir. Böylesi bir durumda, buluntunun mülkiyeti Hazine'ye ait olacağı için şahsi nitelikteki ödül alacağı da doğrudan Hazine'den talep edilir.⁷⁴ Şayet define, özel kişilere ait olan bir mülk içerisinde bulunursa değerinin %40'ı ruhsat sahibine, %50'si de Hazine'ye verilecektir (DAY m. 18). Bu şekilde doğrudan Yönetmelik hükümlerince; ruhsatı düzenleyen, kazı ve sondaj faaliyetlerini denetlemek üzere personel gönderen ve buluntunun değerini tespit ettiren devlete de definenin değeri üzerinden bir tür ödül alacağı tanındığı görülmektedir. Bakanlık tarafından tespit edilen kıymet oranında oluşan ödül alacağı taleplerini, mülk sahibinin yerine getirmesi gerekmektedir. Böylelikle pratikte, buluntunun maliki olan mülk sahibinin malvarlığındaki artış, yalnızca definenin gerçek bedelinin %10'u kadar olmaktadır. İlgili ödülün malik tarafından nakden verilmesi mümkün olduğu gibi aynen ödenmesinde de hukuken bir engel yoktur.⁷⁵

D. İzinsiz Şekilde Define Aranması

Define bulma saikiyle bilinçli bir araştırma faaliyetinde bulunmak isteniyorsa mutlaka yukarıda belirtilen prosedürlere uyularak ruhsatlı bir biçimde arama yapılmalıdır. Aksi halde, KTVKK uyarın-

⁷⁴ Erdoğan, s. 530.

⁷⁵ Definenin, doğrudan ruhsat sahibinin mülkünde bulunmasına ilişkin açık bir düzenleme olmamasına karşın, kanaatimize bu ihtimalde ruhsat sahibi, yalnızca Hazine'ye karşı buluntunun değerinin %50'sine tekabül edecek bir meblağı ödül alacağı olarak ödemekle yükümlüdür.

ca, izinsiz define arayan kişiler için öngörülen çeşitli cezalar ile karşı karşıya kalınacaktır. Nitekim bahsi geçen Kanun'un "izinsiz araştırma, kazı ve sondaj yapanlar" üst başlığını taşıyan 74/1. maddesinde "kültür varlıkları bulmak amacıyla, izinsiz olarak kazı veya sondaj yapan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Ancak, kazı veya sondajın yapıldığı yerin, sit alanı veya bu Kanuna göre korunması gerekli başka bir yer olmaması halinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir" hükmü yer almaktadır. Kanunun 74/2. maddesindeyse izinsiz olarak define araştırma suçu düzenlenmiş ve bu kimselerin üç aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacakları kararlaştırılmıştır.⁷⁶

Her ne kadar Kanun'un lafzı dikkate alındığında, KTVKK m. 74/1 ile izinsiz kültür varlığı bulmaya çalışanlara, m. 74/2 ile ise izinsiz define araştıranlara ceza verileceği anlamı çıksa da doktrin ve yargı kararlarındaki hakim görüşe göre, kültür varlığı ve define kavramları her iki suç tipini birbirinden ayırmada esas alınacak bir kriter değildir.⁷⁷ Bizim de katıldığımız ilgili görüş uyarınca; KTVKK m. 74/1 ile kültür varlığı veya define bulmak amacıyla izinsiz kazı ve sondaj faaliyetlerine fiilen başlayanlar, m. 74/2 ile ise kazı veya sondaj faaliyetlerine henüz başlayamayıp kültür varlığı ya da define bulma amacıyla izinsiz araştırma yapanlar cezalandırılmaktadır. Bundan ötürü, define arama saikiyle ruhsatsız bir biçimde kazı ve sondaj yapan kimseler de KTVKK m. 74/1 kapsamında suç işlemiş olmaktadır.⁷⁸

⁷⁶ KTVKK m. 74/4'de izinsiz define arama suçunun indirim sebepleri düzenlenmiştir. Buna göre; "izinsiz olarak define araştıran kişinin, hakkında kovuşturma başlayıncaya kadar kendisini bu fiili işlemeye gerekli cihazları temin etmek suretiyle sevk eden kişilerin kimliklerini açıklaması ve yakalanmasını sağlaması hâlinde, mahkeme verilecek cezada indirim yapabileceği gibi, ceza verilmesine yer olmadığına da karar verebilir."

⁷⁷ Yağcı/Taş/Kılıç, s. 719; Erhan Günay, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasasındaki Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 245.

⁷⁸ Bkz. "Kolluk kuvvetleri tarafından, kaçak kazı yapıldığı ihbarının alınması üzerine, olay yerine gidildiği, olay mahallinde yapılan incelemede, 1 metre genişliğinde, 9 metre derinliğinde bir alanın kazılmış olduğunun tespit edildiği... sanıkların tüm savunmalarında altın ve define bulmak amacıyla geldiklerini beyan ettikleri ve kültür varlığı bulmak amacıyla hareket ettiklerine dair delil olmadığı gerekçeleri gösterilerek 2863 sayılı Kanun'un 74/2. maddesi uyarınca, sanıkların cezalandırılmasına karar verilmesi, Kanuna aykırı olup..." Y. 12. CD, T. 6.11.2014 E. 2013/25577 K. 2014/22119 (Lexpera). Kazı ve sondaj faaliyetleri çoğunlukla bir alet kullanımını gerektirse de bu husus, suçun oluşumu açısından zorunlu bir koşul değildir. Alet kullanılmaksızın el ile yapılan kazı faaliyetleri açısından da KTVKK m. 74/1 tatbik edilebilir. Bkz. Yağcı/Taş/Kılıç, s. 635.

İzinsiz kazı ve sondaj suçu bağlamında dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus; kişinin bu faaliyetleri kendi mülkünde gerçekleştirme- siyle bir başkasının mülkünde yapması arasında bir fark olmadığıdır. Zira bir kimsenin, üçüncü kişilerin mülkünde kazı veya sondaj faali- yeti yürütmesi yasak olduğu gibi kişinin, define bulmak amacıyla ken- di evi, arsası veya müstemilatında ruhsatsız olarak bilinçli bir şekilde define araması da yasaktır.⁷⁹ Ayrıca, kazı ya da sondaj faaliyeti sonu- cunda kıymetli bir eşyaya rastlanılmamış olması veya aslında bölgede hiçbir definenin bulunmamasının bir cezasızlık sebebi olmadığı vur- gulanmalıdır.⁸⁰ İlgili faaliyetler sonucunda bir defineye rastlanması ihtimalindeyse suç konusu kıymetli eşyanın da ayrıca müsadere edil- mesi gerekir. Böylesi bir durumda, tabii olarak, izinsiz define bulan kişinin ödül talep edebilmesi de söz konusu olmayacaktır.

KTVKK m. 74/2'ye göre; *“izinsiz olarak define araştıranlar, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* Yukarıda bahsedildiği gibi, bu maddede öngörülen cezanın gündeme gelebilmesi için define bula- bilmek amacıyla izinsiz biçimde bir taşınır ya da taşınmaza fiziki mü- dahale teşkil etmeyen kazı ya da sondaj faaliyeti olarak değerlendiril- emeyecek eylemlerde bulunulması şarttır.⁸¹ Örneğin, havadan define

⁷⁹ Yağcı/Taş/Kılıç, s. 636. Ayrıca bkz. Y. 12 CD, T. 25.12.2012 E. 2012/13055 K. 2012/28410 (Lexpera).

⁸⁰ Kuşçu, Define Arama Yönetmeliğinde Yapılan Değişiklikler, s. 926-927. Ayrıca bkz. “Definenin elde edilmesi veya araştırmasının yapıldığı yerde definenin mevcut olmasının şart olmadığı gözetilmeden sanıkların mahkûmiyetleri yerine yazılı şekilde ve isabetsiz gerekçe ile beraatlerine karar verilmesi...” Y. 11. CD, T. 16.06.2005 E. 2004/10398 K. 2005/3441 (Kazancı).

⁸¹ Günay, s. 243; Çolak, s. 962; Yağcı/Taş/Kılıç, s. 719. Benzer yönde bkz. “4 sanığın, yanlarında bulunan kazı aletleri ile 5,5 metre derinliğinde kaçak kazı yaptıkları sırada suçüstü yakalandıkları, sanık tarafından gerçekleştirilen eylemin, 5728 sayılı Kanun ile değişik 2863 sayılı Kanun’un 74/1 maddesinde düzenlenen “kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma” suçunu oluşturduğu, aynı Kanun’un 74/2 maddesinde düzenlenen “izinsiz define araştırma” suçunun oluşabilmesi için sanığın, sit alanı ya da korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz yerde, kazı eylemi olmaksızın yüzeysel faaliyetler ile araştırma yapmış olmasının gerektiği, anılan suçları birbirinden ayırmada esas alınacak kriterin, kazı fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun olduğu, somut olayda; 2863 sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında kalmayan bölgede define bulmak amacıyla kazı yapan sanık hakkında 2863 sayılı Kanun’un 74/1. maddesi uyarınca mahkûmiyet hükmü tesis edilmesi gerektiği gözetilmeksizin, hatalı nitelendirme ile sanık hakkında “izinsiz define araştırma” suçundan hüküm kurulması...” (Lexpera).

alanının görüntülerinin alınması, dedektör ile arama yapılması, ses değişikliklerinin belirlenmesi, elektrik iletkenliğinin ölçülmesi, manyetik veya jeofiziksel aramalar yapılması bahsi geçen suçun oluşmasına sebep olabilir.⁸² Lakin izinsiz bir şekilde define bulmak saikiyle araştırma yapan kimselerin bu kapsamda cezalandırılması, arama yaptıkları yerin sit alanı ya da korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz bir bölge olmasına bağlıdır.⁸³ Şayet arama yapılan yerin yukarıda belirtilen alanlardan olmaması halinde KTVKK hükümleri değil; Türk Ceza Kanunu'nun genel nitelikteki konut dokunulmazlığını ihlal ya da hakkı olmayan yere tecavüz suçları için belirlenen cezaları uygulama alanı bulacaktır.

E. Definenin Tesadüfen Bulunması

Definenin gömüldüğü ya da saklandığı yerden çıkartılması, define arama amacına yönelik bir faaliyet sonucunda olabileceği gibi tamamen tesadüfi bir biçimde de olabilir. Keza define; tarla sürülmesi, kiralanan evde kalınması veya metro ya da bir fabrika inşaatı sırasındaki temel kazısı sırasında tamamen şans eseri bulunabilir.⁸⁴ Şu ihtimalde, defineyi keşfeden sıfatı, bizzat eşyayı bulan kişiye ait olup; ödül alacağını talep edebilme yetkisi de yine bu kimseye aittir. Fakat defineyi tesadüfen bulan kişi aynı zamanda definenin bulunduğu taşınır ya da taşınmazın malikiye bir ödül alacağı doğmaz. Bu halde definenin tamamı, herhangi bir yükümlülük altında olmaksızın keşfeden sıfatını haiz malike ait olur.⁸⁵

Ödül alacağı mevzusu, definenin, üçüncü bir kişi tarafından başka bir kimsenin mülkünde bulunması durumunda gündeme gelmekte-

⁸² Kanadoğlu, s. 511.

⁸³ "Sanığın... ili,... ilçesi,... Köprüsü mevkiinde izinsiz define araştırması yaptığı, 2863 sayılı Kanun'un 74/2. maddesinde düzenlenen "izinsiz define araştırma" suçunun oluşabilmesi için, sanığın sit alanı ya da korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz yerde kazı eylemi olmaksızın, yüzeysel faaliyetler ile araştırma yapmış olması gerektiği, davaya konu ... Köprüsü mevkiinin sit alanı ya da 2863 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında olmadığı belirtilmiştir. Anlaşılmalıdır, sanığın atılı suçtan beraatine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi..." Y. 12. CD, T. 30.4.2015 E. 2014/17304 K. 2015/7184 (Lexpera). Öte yandan izinsiz kazı yapma suçunda kazı yapılan yerin, sit alanı ya da koruma bölgeleri dışında kaldığı gerekçesiyle beraat kararı verilemez. Bkz. Günay, s. 245.

⁸⁴ Erdoğan, s. 521.

⁸⁵ Feyzioğlu, s. 187.

dir.⁸⁶ Bu konuda, TMK m. 772 yalnızca; bizzat kıymetli eşyayı bulan kişinin, definenin ekonomik değerinin yarısını aşmayacak şekilde uygun bir ödül isteyebileceğini hükme bağlamış, ayrıntılı oranlar düzenlememiştir. Burada ilgili buluntunun ekonomik değerini tespit ettirme yükümlülüğü de bizzat mülk sahibindedir. O halde Kanun'un, malike sadece buluntunun değerini tespit ettirip somut olaya göre ilgili değer yarısını geçmeyecek bir ödül miktarını bulan kimseye ödeme yükümlülüğü getirdiği söylenebilir. Ödül miktarı hususunda ihtilaf olması halinde bedeli, hakkaniyete uygun bir şekilde hâkim takdir edecektir.⁸⁷

F. Kültür ve Tabiat Varlığı Bulunması

Bir kimsenin, herhangi bir taşınır ya da taşınmaz içerisinde bilimsel değer arz eden taşınır kültür veya tabiat varlığı keşfetmesi de mümkündür. Ancak bu noktada define ile taşınır kültür ve tabiat varlıkları kavramlarının farklı kavramlar olduğu ve ilgili varlıkların bulunması halinin, define bulunmasına göre farklı kurallara tabi tutulduğu özellikle vurgulanmalıdır. Şöyle ki yukarıda da bahsedildiği üzere bu durumda, bilimsel değeri haiz olan bir eşya keşfedilmesi sebebiyle TMK'nın 773. maddesi gereğince özel kanun hükümleri devreye girecek ve buluntu, KTVKK m. 5 uyarınca devlet malı niteliğinde olacaktır.⁸⁸ Bundan ötürü, söz konusu varlıklar üzerinde define hükümlerine dayanılarak özel mülkiyet tesis edilemez.⁸⁹

Define bulunmasında olduğu gibi kültür ve tabiat varlıkları tesadüfen ya da bilinçli bir arama faaliyeti sonucunda keşfedilebilir. Her iki durum, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu içerisinde detaylı bir biçimde düzenlenmiştir. İlk olarak, bir kimsenin tesadüfen kendi veya başkasının mülkü içerisinde kültür ya da tabiat varlığı bulunması halinde bunu, en geç üç gün içerisinde gerekli makamlara bildirmekle yükümlü olduğu belirtilmelidir. Nitekim KTVKK m. 4'e göre; *"taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını bulanlar, malik oldukları*

⁸⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 757; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 599.

⁸⁷ Saymen/Elbir, s. 449; Esener/Güven, s. 343.

⁸⁸ Sibel Özel, "Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, C. 24, S. 1, s. 228; Kanadoğlu, s. 91.

⁸⁹ Saymen/Elbir, s. 450-451.

veya kullandıkları arazinin içinde kültür ve tabiat varlığı bulunduğunu bilenler veya yeni haberdar olan malik ve zilyetler, bunu en geç üç gün içinde, en yakın müze müdürlüğüne veya köyde muhtara veya diğer yerlerde mülki idare amirlerine bildirmeye mecburdurlar.” Bu ihbarın yapılmamasına cezai bir takım sonuçlar bağlanmakla birlikte aynı zamanda bildirim teşvik edilmesi amacıyla kültür ya da tabiat varlığı bulunduğunu süresinde yetkili makamlara haber veren kimselere, ikramiye bedeli adı altında bir meblağın ödeneceği kararlaştırılmıştır.⁹⁰

KTVKK m. 64 ve Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarını Bulanlara, Haber Verenlere ve Yakalayan Kamu Görevlilerine Verilecek İkramiye ile İlgili Yönetmelik’te⁹¹ öngörülen ikramiyeler, keşfeden kişi açısından yalnızca tesadüfen kültür ya da tabiat varlığı bulunması haline özgüdür.⁹² Öte yandan bu ödemeler; sadece devlet tarafından varlı-

⁹⁰ Cezalar hakkında 2863 sayılı Kanun’un, “haber verme sorumluluğuna ve kültür varlığı ticaretine aykırı hareket edenler” başlığını taşıyan 67. maddesine göre; “kültür ve tabiat varlıklarıyla ilgili olarak bildirim yükümlülüğüne mazereti olmaksızın ve bilerek aykırı hareket eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Bildirimi yapılmamış olan kültür ve tabiat varlığını satışa arz eden, satan, veren, satın alan, kabul eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, bu durumda birinci fıkrada tanımlanan suçtan dolayı ayrıca cezaya hükmolunmaz.”

⁹¹ Bahsi geçen Yönetmelik, ikramiye hususuyla ilgili detayları düzenleyebilmek adına 11.08.1984 tarih ve 18486 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁹² Her ne kadar KTVKK’nın ikramiyeler ile ilgili düzenlemelerde bulunduğu 64. maddesinde yalnızca taşınır kültür varlıklarından bahsedilse de taşınır tabiat varlığı bulan kimselerin de ikramiyeye hak kazanabilmesi gerekmektedir. Bu yönde bkz. Ahmet Gündel, Açıklamalı İçtihatlı Eski Eserler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 194. Ayrıca ikramiye alabilmek için ihbar anına kadar, söz konusu eserin varlığından devlet kurumlarının haberdar olmaması gerekir. Bkz. “Dava, Sinop ili Gelincik Mahallesi’nde yapılan PTT kazısı sırasında bulunan altın sikkelerle ilgili olarak ikramiye verilmesinin reddine ilişkin davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 64’üncü maddesinin (e) bendi ve 11 Ağustos 1984 tarih ve 18486 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarını Bulanlara, Haber Verenlere ve Yakalayan Kamu Görevlilerine Verilecek İkramiye ile İlgili Yönetmeliğin 4’üncü maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca ikramiye verilebilmesi için kültür varlığını bulan durumda olunması veya yeni bulunmasına rağmen ilgililere haber verilmemek suretiyle gizlendiğini bilen durumda olunması gerektiği, davacının ise altın sikkeleri bulan ve bu sikkeleri gizleyenleri haber veren kişi durumunda olmadığı, anılan kültür varlıklarının bulunmasından sonra emniyet güçlerine haber verilmesinin veya saçılmış durumdaki sikkelerin toplan-

ğı önceden bilinmeyen eserlerin bulunmasında verilmektedir.⁹³ İkinci olarak, bulan kişiye bir ikramiyenin ödenebilmesi için teslim edilen varlığın, müze komisyonlarınca kurulan değerlendirme komisyonları tarafından 2863 sayılı Kanun'un 23. maddesi kapsamında korunması gerekli nitelikte olduğunun tespit edilmesi şarttır. Zira yapılan tasnif işlemi sonucunda korunması gerekli görülmemekle tescil dışı bırakılan varlıklar, ilgililere bir belge düzenlenerek iade edilmektedir. İade edilen korunması gerekli olmayan bu varlıklar için ayrıca ikramiye ödenmez.⁹⁴

Değerlendirme komisyonu tarafından ilgili kültür ya da tabiat varlığının korunması gerekli nitelikte olduğuna kanaat getirildiği takdirde varlığın, müzelere alınması ya da alınmaması şeklinde iki farklı ihtimal ortaya çıkmaktadır. Şu aşamada, korunması gerekli olduğu tespit edilen eserin, müze koleksiyonlarını tamamlayıcı nitelikte olmadığı ve koruma işlemlerinin özel kişiler tarafından yapılabileceğine karar verildiğinde ilgili varlık, "tescile tabi taşınır kültür ve tabiat varlığı belgesi" düzenlenerek bulan kimseye iade edilir.⁹⁵ Bu yöndeki ihtimal-

masına yardım edilmesinin ikramiyeye hak kazanmak için yeterli olmadığı..." D. 6. D, T. 13.10.1993 E. 1992/4833 K. 93/4182. Karar metni için bkz. Kanadoğlu, s. 289.

⁹³ Kanadoğlu, s. 287-288.

⁹⁴ Gündel, s. 194. Yeni bulunan ve süresi içerisinde gerekli kurumlara haber verilen kültür ve tabiat varlıklarının müze müdürlüklerine teslim edilmesiyle birlikte başlayan prosedürler, Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Yönetmelik hükümleri uyarınca; öncelikle kültür ya da tabiat varlığının teslim edilmesiyle birlikte müze müdürlüğünce üç kişiden az olmamak üzere ihtisas elemanlarından oluşan bir değerlendirme komisyonu kurulur. Kurulan değerlendirme komisyonu, getirilen varlığın, korunması gerekli nitelikte olup olmadığına ve müzelere alınıp alınmamasına ilişkin kararlarda yetkilidir. Varlığı getiren kişi tarafından değerlendirme komisyonunun kararlarına karşı itiraz edilebilir. İtirazın alınmasıyla birlikte Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca otuz gün içerisinde yeni bir değerlendirme üst komisyonu oluşturulur. Bu komisyonun kararları kesindir. Bkz. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik, m. 4, m. 8. İtiraz edilen miktar da az görüldüğü takdirde, ilgililerin yetkili idare mahkemesine dava açması mümkündür. Ayrıca değer tespiti ihtilafı dışında kendilerine ikramiye verilmesi reddedilenler idari yargı yoluyla haklarını talep edebilir. Gündel, s. 195.

⁹⁵ Tescile Tabi Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi alanlar ilgili müze müdürlüğüne en az üç yılda bir varlığın kendisinde bulunduğu dair bildirimde bulunmalıdır. Gerektiğinde müze müdürlüğü, bu süre dolmadan denetim yapabi-

de de varlığın doğrudan doğruya iadesi sağlandığı için bulan kimseye ayrıca ikramiye ödenmemektedir.⁹⁶

Korunması gerekli nitelikte olduğu uygun görülen eserlerin, müze koleksiyonlarını tamamlayıcı nitelikte olduğuna ve teşhir, bakım, onarım ya da restorasyon işlemlerinin devlet eliyle yapılmasına kanaat getirilirse o zaman varlıklar doğrudan müzelere alınabilir. Bulan kimseye ikramiye ödenmesini gerektirecek durumlar da bu noktada karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak eserin, müzelere alınması uygun görüldüğünde, bölge müze müdürlüğü tarafından bir kıymet takdir komisyonu oluşturulur ve getirilen varlığın değeri takdir edilir.⁹⁷ Kültür veya tabiat varlığı bularak Kanun'da yazılan sürelerle uyup gerekli makamlara haber veren kişilere verilecek ikramiye, kıymet takdir komisyonu tarafından karar kılınan bu değer üzerinden ödenecektir. Ancak verilecek ikramiyenin miktarı; müzelere alınmasına karar verilen tüm eserler için aynı olmayıp, eserin bulunduğu yere göre değişiklik gösterebilmektedir.

Kültür ve tabiat varlığı, keşfeden kişi tarafından bizzat kendi mülkü içerisinde bulundursa müzelere alınacak varlığın kıymet takdir komisyonu tarafından tespit edilen tüm değeri bulan kişiye ödenir.⁹⁸ Kültür ya da tabiat varlığı, bulan kişinin dışında üçüncü bir kişinin

lir veya bildirimde bulunulmasını isteyebilir. Belgede belirtilen kültür ve tabiat varlığını kaybedenlere ve zarar verenlere değeri ödetilir. Bkz. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik m. 10.

⁹⁶ Tescile tabi tutularak müzelere alınmayıp iade edilen varlıklar açısından KTVKK uyarınca bir ikramiye alınması mümkün olmasa da koşulların sağlanması halinde bulan kişi bakımından TMK'daki define hükümleri işletilerek mülk sahibinden bir ödül talep edilebilmesi söz konusu olabilir. Bu konuda bkz. Erdoğan, s. 532.

⁹⁷ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik m. 6.

⁹⁸ Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarını Bulanlara, Haber Verenlere ve Yakalayan Kamu Görevlilerine Verilecek İkramiye ile İlgili Yönetmelik m. 3/a'da "varlık, bulanın mülkü içinde ise; Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik gereğince tespit edilecek değeri usulüne göre ödenerek müzelerce satın alınır" ifadeleri yer almaktadır. Fakat zaten hâlihazırda devlet malı niteliğinde olan ilgili varlıklar için "satın alma" ifadesinin kullanılması yerinde olmamıştır. Çünkü devletin mülkiyetine ait olan bir varlığın, yine devletçe satın alınması düşünülemeyeceğinden ödenecek miktar bir satış bedeli değil ikramiye niteliğindedir. Bu yönde bkz. Kanadoğlu, s. 288.

taşınır veya taşınmazı içerisinde bulunduğu zaman da takdir edilecek bedelin % 80'i ikramiye olarak bulan ile mülk sahibi arasında eşit olarak paylaşılır. Son olarak kültür ve tabiat varlığı, Devlete ait arazide bulunmuş ise belirlenen bedelin % 40'ı bulan kimseye ikramiye olarak verilecektir.⁹⁹ Bulan kişi dışında, kültür ya da tabiat varlığının gizlendiği durumlarda gizlenme olgusunu haber verenlere ve saklayan kimseleri yakalayan kamu görevlilerine de ayrıca ikramiye verilebilir.¹⁰⁰

Kültür ve tabiat varlıklarının bilinçli ve izinli bir arama sonucunda bulunmasında da hukuken bir engel yoktur. Ancak define aramasına göre oldukça zor koşullara bağlanan bu araştırmalar sonucunda elde edilen varlıklar için bulan kimselere, mülkiyet veya ikramiye hakkı tanınmamıştır.¹⁰¹ Nitekim bu yöndeki kazı ya da sondaj faaliyetleri za-

⁹⁹ İkramiye oranlarının düzenlendiği ilgili madde metni için bkz. Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarını Bulanlara, Haber Verenlere ve Yakalayan Kamu Görevlilerine Verilecek İkramiye ile İlgili Yönetmelik m. 3. Ayrıca kültür ya da tabiat varlığını bulan kişiler birden fazlaysa her birine ikramiye miktarı eşit olarak ödenir. Bkz. "Şu hale göre aynı makine üzerinde görev yapan davacı ile müdahilin toprak altından çıkan kültür varlıklarını birlikte buldukları gibi her ikisinin ortak çabası ile kaybolmaları önlenerek devletin mülkiyetine geçmesinde aynı ölçüde pay sahibi oldukları göz önüne alındığında yasal olarak hak kazanılan ikramiyenin ikisine eşit miktarda ödenmesi gerektiği açıktır." D. 6. D, T. 24.1.1989 E. 1988/2745 K. 1989/111. Karar metni için bkz. Kanadoğlu, s. 289-290.

¹⁰⁰ Bu ihtimalde, ihbarda bulunanlar ile yakalayan kamu görevlilerine; 1905 sayılı Menkul ve Gayrimenkul Emval ile Bunların İntifa Haklarının ve Daimî Vergilerin Mektumlarını Haber Verenlere Verilecek İkramiyelere Dair Kanun m. 1 ve Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarını Bulanlara, Haber Verenlere ve Yakalayan Kamu Görevlilerine Verilecek İkramiye ile İlgili Yönetmelik m. 4 hükümleri gereğince ikramiye ödenecektir. Söz konusu hükümlerde belirtildiği üzere devlet tarafından; "a) 5.000 liraya kadar % 30, b) 25.000 liraya kadar (5.000 liradan yukarı olan kısmı için) % 25, c) 50.000 liraya kadar (25.000 liradan yukarı olan kısmı için) % 15, d) 100.000 liraya kadar (50.000 liradan yukarı kısmı için) % 10, e) 100.000 liradan yukarı olan kısmı için- % 7,5 oranlarındaki miktarı, haber veren ve yakalayan şahıslara ayrı ayrı ikramiye olarak ödenir."

¹⁰¹ KTVKK'nın kültür ve tabiat varlığı bulabilmek amacıyla yapılacak olan kazı ve sondaj faaliyetleriyle ilgili hükümlerini içeren 35. maddesi şu şekildedir: "Bu kanun hükümlerine tabi, taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını meydana çıkarmak üzere, araştırma, sondaj ve kazı yapma hakkı, sadece Kültür ve Turizm Bakanlığına aittir. Bilimsel ve mali yeterliği Kültür ve Turizm Bakanlığı'na takdir ve kabul olunan Türk ve yabancı heyet ve kurumlara araştırma izni, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından; sondaj ve kazı yapma izni Cumhurbaşkanı kararı ile verilir. Kültür ve Turizm Bakanlığı elemanları veya bu Bakanlıkça görevlendirilecek Türk bilim adamları tarafından yapılacak araştırma, sondaj ve kazılar, Kültür

ten bizzat Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca ya da Bakanlık denetim ve gözetiminde çalışacak heyet veya kurumlarca yapılabildiği için keşfedilen korunması gerekli varlıklar açısından bir ihbar söz konusu değildir.¹⁰² Dolayısıyla bu halde, keşifte bulunan kişi veya kurumlara devlet tarafından herhangi bir ikramiye ödenmez.

SONUÇ

Roma hukuku da dâhil olmak üzere birçok hukuk düzeninde hukuki açıdan defineyle ilgili ayrıntılı düzenlemelere rastlamak mümkündür. Definenin iktisabı noktasında Roma hukukundan beri süregelen ve Pandektist Alman Medeni Kanunu ile Fransız Medeni Kanunu tarafından da aynen kabul edilen temel prensibe göre; definenin yarısının arazi sahibine kalan yarısının da defineyi bulan kişiye ait olacağı öngörülmüştür. Türk ve İsviçre hukukunda ise define, yalnızca içinde bulunduğu taşınır ya da taşınmaz malikine bırakılmıştır. Defineyi bulan şahsın mülkiyet hakkı kabul edilmeyip yalnız nisbî bir hak olan ödül talep etme imkânının tanınması, Türk ve İsviçre hukukunda definenin mülkiyeti hususunda Roma hukuku prensiplerinin benimsenmediğini göstermektedir.

Türk Medeni Kanunu hükümlerince malike sadece, buluntunun değerini tespit ettirip somut olaya göre ilgili değer yarısını geçmeyecek bir ödül miktarını tesadüfen define bulan kimseye ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu şekilde, bulan kişiye bir ayni hak tanınmayıp yalnızca şahsi hak niteliğinde ödül alacağı tanınması, kişiyi bulduğu defineyi saklamaya yöneltebilmektedir. Zira değer tespitini de ilk aşamada bizzat mülk sahibi yapacak ve bulan kişiye ödenecek ödül, bu değer üzerinden belirlenecektir. Hukuk politikası olarak kanun koyucunun bilinçli bir kararı sonucunda varılan bu tercih, bulan kişiyi ma-

ve Turizm Bakanlığının iznine bağlıdır. Askeri yasak bölgelerde yapılacak araştırma, sondaj ve kazı için gerekli ruhsatname, Genelkurmay Başkanlığı'nın iznini müteakip, sözü geçen heyet ve kurumların göstereceği uzmanlar adına düzenlenir. Kültür ve Turizm Bakanlığınca haklı görülebilecek sebep olmadıkça heyet ve kurumlar ruhsatnamedeki üyelerini değiştiremezler."

¹⁰² Bkz. KTVKK m. 48: "Yabancı heyet ve kurumlar tarafından yapılan araştırma, kazı ve sondajlarda Kültür ve Turizm Bakanlığı uzmanlarından bir veya birkaç temsilci bulunur. Türk heyet ve kurumlarınca yapılan araştırma, kazı ve sondajlarda Kültür ve Turizm Bakanlığı adına yetkili bir uzman katılır."

likin keyfiyetine bırakabileceğinden eleştirilebilir. Keyfiyetin önüne geçebilmek adına define bulan kişi, hakkaniyete aykırı bir paylaşım yaptığını düşünüyorsa derhal hukuk mahkemelerine başvurmalıdır. Böylesi bir durumda, mahkemenin bizzat bilirkişi eliyle definenin değer tespitini yaptırıp gerçek değer üzerinden hakkaniyete uygun bir ödül miktarına hükmetmesi gerekir.

Ödül alacağıın gündeme gelebilmesi, öncelikle hukuki açıdan bir definenin keşfedilmiş olmasına bağlıdır. Bir eşyanın hukuken define olarak nitelendirilebilmesi için buluntunun; taşınır bir mal olması, uzun zaman önce gömülmüş veya saklanması, belirli bir değere haiz olması ve malikinin tespit edilememesi şarttır. Ayrıca TMK m. 773 ile define niteliğinin elde edilebilmesi açısından eşyanın bilimsel nitelik taşıması şeklinde müstakil bir olumsuz koşul da öngörülmüştür. Böylelikle bilimsel değer taşıyan, bir diğer ifadeyle, korunması gerekli kültür ya da tabiat varlığı olarak değerlendirilebilecek eşyalar Türk Medeni Kanunu'na define kapsamı dışında tutulmuştur. Bu şekilde, korunması gerekli görülmeyen kültür ve tabiat varlıklarının hukuken define olarak nitelendirilebileceği sonucu karşımıza çıkmaktadır.

Günümüzden en az 100 yıl öncesi bir döneme ait olmayan etnografik nitelikteki kültür varlıkları ile son altı Osmanlı padişahına ait sikkelerin, korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları arasında yer almadığı doğrudan doğruya Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda ifade edilmektedir. Bunların dışında, müze müdürlükleri tarafından kurulacak değerlendirme komisyonları tarafından KTVKK kapsamında olmadığına karar verilen eserler de hukuken define olarak değerlendirilebilir. Bir istisna olarak, değerlendirme komisyonunca korunması gerekli nitelikte olduğu tespit edilip; müze koleksiyonlarını tamamlayıcı nitelikte olmadığına karar verilerek bulan kişiye iade edilen kültür ve tabiat varlıklarının da define olarak ele alınması söz konusu olabilir. Zira teşhir, bakım, onarım ya da restorasyon işlemlerinin bizzat müzeler eliyle yapılmasına gerek görülmeyen bu varlıklar üzerinde belirli koşullara uyulması kaydıyla özel mülkiyet kurulabilmesine imkân sağlanmıştır.

Son olarak ruhsatlı bir şekilde define aranmasıyla kültür ve tabiat varlığı aranması arasında büyük farklar olduğu vurgulanmalıdır. Türk hukukunda gerçek ve tüzel kişiler tarafından ruhsatlı bir biçimde

define aranmasına, bu nitelikteki varlıkların özel mülkiyete elverişli olması sebebiyle izin verilmektedir. Kültür ve tabiat varlıklarının aranması faaliyetleri ise kural olarak ilgili eserlerin devlet mülkiyetinde olması sebebiyle bizzat Kültür ve Turizm Bakanlığı'na ya da Bakanlık denetim ve gözetiminde çalışacak çeşitli özel şartları sağlayan heyet veya kurumlarca yapılmaktadır. Uygulamada, özel şartların sağlanamaması sebebiyle Kanun'un etrafından dolaşarak kültür veya tabiat varlığı bulma amacıyla define arama ruhsatı alınmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu noktada yetkili makamların, define arama ruhsatı adı altında kültür varlığı arama faaliyetlerine izin vermemesi ve müracaat sahibinin arama maksadını çok dikkatli bir biçimde incelemesi büyük önem arz etmektedir.

Hukuka uygun bir şekilde define arama izni bulunan kimselerin araştırma faaliyetleri sonucunda bir buluntuya rastlaması halinde öncelikle ilgili eser, arama sırasında hazır bulunan müze yetkilileri tarafından incelenmelidir. Müze yetkililerinin ilk incelemelerine göre bulunan eşyanın kültür veya tabiat varlığı olabileceği sonucuna varılırsa ayrıntılı değerlendirmelerin yapılabilmesi amacıyla eserin derhal ruhsatı veren müze müdürlüğüne teslimi lazım gelir. Müze müdürlüğüne kurulan değerlendirme komisyonu tarafından ilgili buluntunun, korunması gerekli nitelikte kültür ve tabiat varlığı olduğu kanaati oluşursa bulan kişiye özel hukuk temelli bir ödül alacağı değil kamu hukuku kaynaklı bir ikramiye bedeli ödenmesi söz konusu olacaktır. Buluntunun kültür veya tabiat varlığı olabileceği yönünde bir şüphe olmaması durumunda ise elde edilen defineler, değer tespitlerinin yapılabilmesi için Hazine ve Maliye Bakanlığı'na teslim edilir. Bulan kimseye verilecek ödül, Bakanlık tarafından tespit edilen değer ve Define Arama Yönetmeliği'nde öngörülen oranlar ışığında ödenecektir. Buradaki değer tespitinin, bir idari işlem niteliğinde olması sebebiyle ruhsatlı arama sonucunda define bulan kimsenin ödül alacağı noktasında haksızlığa uğradığını düşünmesi halinde idari yargıya başvurusu gerektiği vurgulanmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akipek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- Antalya Gökhan, Eşya Hukuku, C. IV/1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Ayan Mehmet, Eşya Hukuku II Mülkiyet, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, 2016.
- Koschaker Paul/Ayiter Kudret, Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları, Sevinç Matbaası, 2. Baskı, İzmir, 1993.
- Buckland William Warwick, A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge University Press, Cambridge, 1921.
- Çolak Nusret İlker, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2. Baskı, 2015.
- Di Marzo Salvatore, Roma Hukuku, çev. Ziya Umur, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1959.
- Erdoğan Belgin, Roma Eşya Hukuku, Der Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2017.
- Eren Fikret, Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2016.
- Ertuş Şeref, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2005.
- Esener Turhan/Güven Kudret, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2015.
- Guest Anthony Gordon, The Law of Treasure, Archaeopress, Oxford, 2018.
- Gürsoy Kemal/Eren Fikret/Cansel Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2. Baskı, Ankara, 1978.
- Günay Erhan, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasasındaki Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- Gündel Ahmet, Açıklamalı İçtihatlı Eski Eserler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1996.
- Hill George, Treasure Trove: The Law and Practice of Antiquity, Oxford University Press, Londra, 1933.
- Hübner Rudolf, A History of Germanic Private Law, çev. Francis Philbrick, The Lawbook Exchange Ltd, New Jersey, 2000.
- Josserand Louis, Cours de droit civil positif français I, Recueil Sirey, Paris, 1938.
- Kanadoğlu Sabih, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2007.
- Karadeniz Çelebican Özcan, Roma Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, 5. Baskı, Ankara, 2015.
- Karadeniz Çelebican Özcan, Roma Hukuku: Tarihi, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması, Turhan Kitabevi, 14. Baskı, Ankara, 2010.
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 16. Baskı, İstanbul, 2013.
- Perozzi Silvio, Tra la fanciulla d'Anzio e la Niobide: Nuovi studi sul tesoro, Vallardi, Milano, 1910.

- Sancakdar Oğuz/Yağcı Pınar/Taşyıldız Şükür / Çırak Ezgi, Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Saymen Ferit/Elbir Halid, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954.
- Sirmen Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2020.
- Söğütlü Özlem, Roma Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2021.
- Steinauer Paul-Henri, Les Droits Réels I, Stämpfli&Cie, Bern, 2019.
- Tahiroğlu Bülent/Erdoğan Belgin, Roma Hukuku Dersleri: Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku, Der Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 2018.
- Umur Ziya, Roma Hukuku: Eşya Hukuku, İstanbul, 1985.
- Umur Ziya, Roma Hukuku: Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1974.
- Üçer Mehmet, Roma Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2018.
- Yağcı Ali/Taş Rabia/Kılıç Tuğçe, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (Açıklamalı-İçtihatlı), Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2016.
- Yetik Nurten, Açıklamalı İçtihatlı Türk Medeni Kanununda Eşya Hukuku, Bilge Yayınları, Ankara, 2007.

Kitap Bölümleri

- Bland Roger/Lewis Michael/Pett Daniel/Richardson Ian/Robbins Katherine/Welley Rob, ed. Moshenska Gabriel, "The Treasure Act and Portable Antiquities Scheme in England and Wales", Key Concepts in Public Archaeology, Londra, 2017.

Makaleler

- Anderson Joseph, "Treasure Trove", *The Scottish Historical Review*, 1903, Vol. 1, No. 1, s. 74-80.
- Aydos Oğuz, "Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2008, C. 66, S. 4, s. 62-75.
- Berki Şakir, "Romada Aynî Haklar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1948, C. 5, S. 1, s. 323-375.
- Bevan Chris, "A New Definition of 'Treasure' under the Treasure Act 1996: Watershed Reform or Missed Opportunity?", *The Modern Law Review*, 2024, Vol. 87, No. 2, s. 430-447.
- Carlyon-Britton Philip William, "Treasure Trove, the Treasury and the trustees of the British Museum", *British Numismatic Journal*, 1905, Vol 1, No. 1, s. 333-348.
- Erdoğan İhsan, "Hukuki Açıldan Define", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 27, S. 1-2, s. 513-534.
- Erdödy János, "Le sens de l'expression du trésor dans les sources romaines comme la base des réglementations contemporaines", *Iustum Aequum Salutare*, 2014 (10), s.135-144.
- Feyzioğlu Feyzi Necmettin, "Lükata ve Define", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1955, C. 20, S. 1-4, s. 167-196.

- Güneş Ceylan Seldağ, "Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, C. 8, S. 2, s. 75-93.
- Kurtoğlu Serda, "Definenin Hukuki Mahiyeti ve İktisabı", *Ankara Barosu Dergisi*, 1955, S. 6, s. 385-389.
- Kuşçu Döndü, "Hukuki Olarak Define Arayıcılığı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2019, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, C. 25, S. 2, s. 1093-1130.
- Kuşçu Döndü, "Define Arama Yönetmeliğinde Yapılan Değişikliklere Dair Değerlendirmeler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2022, S. 50, s. 93-114.
- Martin Colin, "De la Propriété des Trésors Monétaires", *Revue belge de Numismatique et de Sigillographie*, 1970, Vol. 116, s. 23-29.
- Martin William/Lushington Godfrey, "The Law of Treasure Trove", *Journal of the Royal Society of Arts*, 1908, Vol. 56, No. 2883, s. 348-359.
- Özel Sibel, "Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, C. 24, S. 1, s. 215-238.
- Özyıldırım Mehmet Mert, "Taşınır Kültür Varlıklarının Hukuka Uygun Bir Biçimde Devredilebilmeleri Açısından Türk Hukukunda Kabul Edilen Yöntemler", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, C. 26 S. 3, s. 393-424.
- Renold Marc-André, "Le droit de l'art et des biens culturels en Suisse: questions choisies", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 2010, Vol. 129/1, s. 137-220.
- Rodríguez Arrocha Belinda, "El Tesoro: Evolución histórica y doctrina", *Anales de la Facultad de Derecho*, 2006, N° 23, s. 43-54.

Mahkeme Kararları

- Yargıtay 12. CD, T. 6.11.2014 E. 2013/25577 K. 2014/22119.
- Yargıtay 12 CD, T. 25.12.2012 E. 2012/13055 K. 2012/28410.
- Yargıtay 11. CD, T. 16.06.2005 E. 2004/10398 K. 2005/3441.
- Yargıtay 4. HD, T. 14.12.1965 E. 964/9087 K. 7349.
- Yargıtay 12. CD, T. 30.4.2015 E. 2014/17304 K. 2015/7184.
- Danıştay 6. D, T. 24.1.1989 E. 1988/2745 K. 1989/111.
- Danıştay 6. D, T. 13.10.1993 E. 1992/4833 K. 93/4182.

İnternet Kaynakları

- <https://www.kazanci.com.tr> (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)
- <https://www.lexpera.com.tr> (Lexpera İçtihat Bankası)

TÜREV SÖZLEŞMELER HUKUKU: YENİ BİR HUKUK DALI OLABİLİR Mİ?*

DERIVATIVES LAW: COULD THERE BE A NEW BRANCH OF LAW?

Utku SARUHAN**

Özet: Türev sözleşmeler, geçmişi oldukça eskiye uzanan sözleşmeler olmakla beraber, son elli yılda kullanım sahası ve bilinirliği artmış bir finansal alandır. Türev sözleşmelerin karmaşık ve değişken yapısı, bu sözleşmelerin özel olarak düzenlemelerine, çeşitli hukuk dalları ile ilişki içerisinde, kendi içtihadına sahip bir hukuk alanı olmalarına yol açmıştır. Bu çalışmada, bir hukuk alanı olarak 90'lı yıllarda Amerika'da önem kazanan ve 2008 Küresel Ekonomik Krizi ile farklı bir kimliğe bürünen türev sözleşmeler hukukunun bir hukuk alanı olarak konumu ve geleceği ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Türev Sözleşmeler, Dodd Frank Act, EMIR, MiFID, Merkezi Karşı Taraf Kuruluşları, Futures, Forward, Swap, Option, Kredi Türevleri

Abstract: Although derivative contracts are quite rooted contracts in terms of their use, their sphere of influence and recognition enhanced dramatically in the last fifty years. The complex and dynamic nature of derivative contracts has led to these contracts being regulated specifically in connection with various branches of law, and becoming a legal field which has its own jurisprudence. This study will discuss the position and future of derivatives law as a field of law, which gained importance in the US in the 90s and took on a different identity with the 2008 Global Economic Crisis.

Keywords: Derivative Contracts, Dodd Frank Act, EMIR, MiFID, Central Counterparty Institutions, Futures, Forward, Swap, Option, Credit Derivatives

* Bu çalışmada öne sürülen fikirler tamamıyla yazara aittir. Değerlendirmeler yazara bağlı bulunduğu kurum görüşlerini temsil etmemektedir. Değerli katkılarından dolayı Av. Onur Başol'a ve Semih Erelvanlı'ya teşekkürlerimi sunarım.

** Dr., Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, utkusaruhan@outlook.com, ORCID: 0000-0003-3980-3647, Makalenin Gönderim Tarihi: 13.06.2024, Kabul Tarihi: 24.08.2024

GİRİŞ

90'lı yıllardan itibaren finansal piyasalarda büyük bir popülerite kazanan türev sözleşmeler ve bu sözleşmelerin işlem gördüğü türev piyasalar, finans dünyasında büyük dalgalanmalara sebep olmuşlardır. Türev sözleşmeler kendilerine özgü karmaşık yapıları, diğer alanlarda yarattıkları etkiler ve değişken yapıları ile kendine özgü ve dinamik bir hukuk alanı yaratmışlardır. Geçen süreçte, içerisinde türev sözleşmeler kendi içerisinde bir regülasyon sistemine, uluslararası oluşumlar dâhilinde standart sözleşme şablonlarına, uygulama teamüllerine ve uyumsuzluk çözüm mekanizmalarına konu olmuşlardır. Bu çalışmada, Amerika Birleşik Devletleri'nde 90'lı yıllarda ortaya çıkan bir hukuk alanı olarak "*derivatives law*" kavramı, türev sözleşmelerinin bir hukuk alanı olarak konumu ve türev sözleşmeler hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği soruları ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle türev sözleşmeler kavramı, türev piyasalara ilişkin temel kavramlar, türev sözleşmelerin mevcut düzenlemelerdeki yeri, türev sözleşmelerin diğer hukuk alanları ile kesişimi ile dünyadaki güncel durumu üzerinde durulacaktır. Özellikle bankacılık hukuku, sermaye piyasaları hukuku ile kripto varlıklar ve dijital paralar gibi gelişme sürecindeki finansal varlıkların incelendiği fintek hukuku gibi alanların ivme kazandığı bu dönemde türev araçlara ilişkin hukuk alanının sınırlarının belirlenmesi ile geleceğinin ele alınması büyük önem taşımaktadır.

I. TÜREV SÖZLEŞMELER KAVRAMI

Finansal piyasalarda, temeldeki dayanak varlığın fiyat davranışları üzerinden elde edilen (türetilen) yeni bir değer sözleşme konusunu teşkil ettiği sözleşmeler kategorik olarak *türev araç*, *türev ürün*, *türev sözleşme* olarak adlandırılmaktadırlar.¹ Türev sözleşmeler için kulla-

¹ Herman Cousy, "The Delicate Relationship Between Law and Finance: The Classification of Credit Default Swaps", *Journal of South African Law*, 2014(2), s. 227 - 242, s. 230; Nithya Narayanan, "Credit Default Swaps: Legal Implications", *Corporate Law Cases Journal*, 295, s. 1; John Biggins/Colin Scott, "Private Governance, Public Implications and the Tightrope of Regulatory Reform: The ISDA Credit Derivatives Determinations Committees", *Comparative Research in Law & Political Economy Research*, Paper No. 57/2013, s. 4. Türev sözleşmelere ilişkin daha fazla bilgi için bkz. John Hull, *Options, Futures, and Other Derivatives*, 9th Edition, Pearson,

nılan *Derivatives* (İng.) kelimesi “türetme” veya “önceki bir terimin yeni bir bütüne uzatılması” anlamındaki Latince *Derivatio* kelimesinden gelmektedir.² Finansal anlamda türev sözleşmeler, özellikle dalgalı kur ve faiz sisteminin ortaya çıkmasından sonra korunma amacıyla, mevcut finansal araçlara alternatif olarak, yatırımcıların yatırım finansmanı, risk yönetimi gibi çeşitli ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla oluşturulan ve risklerin taraflar arasında taşınmasına olanak veren finansal tekniklerin tamamını kapsayan bir kavramdır.³ Türev sözleşmeler, korunma fonksiyonunun dışında spekülasyon ve arbitraj faaliyetleri ile piyasalarda kâr elde etmek amacıyla kullanılmaktadır.

A. Türev Sözleşmelerin Gelişimi

Hukuk ve ekonomi, insan ilişkilerinde doğrudan yer alan bağımsız iki büyük disiplin olmalarının ötesinde, birbirlerine doğrudan fayda sağlamaları açısından birlikte ve karşılıklı bir gelişme içerisinde. M.Ö. 7. yüzyılda paranın icadıyla, malların ve hizmetlerin güven içerisinde serbestçe hareket etmesine ve ticaretine imkân tanıyan hukuk

2017, s. 1; Arslan Kaya/Koray Demir, “Türev İşlemlerin Hukuka Uygunluğu Sorunu – Bankaların Türev İşlemlerden Doğan Yükümlülükleri” *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2018, 76 (1), s. 177 – 201, s. 183 Alastair Hudson, “The Legal Aspect of Financial Derivatives”, *Business Law Review*, 1996, 17 (10), s. 198 – 220, s. 199; Henry Schafer/Frank Beate, *Derivate Finanzinstrumente im Jahresabschluss nach HGB und IFRS*, Hans – Böckler – Stiftung, Germany, 2008, s. 21. Çalışmamızda “türev sözleşmeler” ve “türev araçlar” kavramları aynı anlamda kullanılmaktadır.

² Krapp Tavares/Necasio Antonio, *Rechtsprobleme bei Geschäften mit Derivaten*, Master Tezi, Albert-Ludwig-Universität Freiburg Juristische Fakultät, Temmuz 1998, s. 7.

³ Keskin Ayşe Dilşad, “The Concept of Financial Derivative Instrument from the Legal Point of View”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2008, 24(4), s. 125 – 156 (Derivative), s. 125; Kaya/Demir, s. 181; Kirman Ahmet, “Opsiyon Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, s. 713 – 745, s. 714; Başak Bak, “Borsa Opsiyon Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2009, C.: 64, S.: 4, s. 40 – 75, s. 47; Gülçe Yumurtacı, “Opsiyon Sözleşmeleri”, *Sermaye Piyasasında Gündem Dergisi*, Eylül 2012, 121, s. 5 – 20; Adnan Deyneki, “Opsiyon Sözleşmelerinde Bankanın Bilgi Verme ve Aydınlatma Yükümlülüğü ile İlgili Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, 2016, s. 619 – 630; Reva Zeynep Hacıoğlu, “Borsa Opsiyon Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ocak 2006, s. 529 – 558; Buket Doğan, Genel Olarak Türev Araç Sözleşmeleri ve Vadeli İşlem Sözleşmesine Hukuki Bir Bakış, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2008.

kurallarının oluşturulması gereksinimi doğmuştur. Babil Krallığı döneminde ortaya çıktığı tahmin edilen *Hammurabi Kanunları*'ndan bu yana, hukuki düzenlemelerin önemli bir kısmını ekonomi ile ilgili kurallar oluşturmuştur.⁴ İnsan gereksinimleri karşısında değiş tokuş faaliyetleri ile tüketimi inceleyen ekonomi biliminin, hukuk ile ilk kesişim noktasının bu düzenlemeler olduğunu değerlendirmek mümkündür. Dünya tarihinde çeşitli örnekler ile desteklendiği üzere, ekonomik düzenin başarıya ulaşması hukuk sisteminin yarattığı güvenlik ortamına bağlıdır.⁵

Risk, ekonomik anlamda bir işleme ilişkin mikro ve makro değişkenlere bağlı olarak zaman içerisinde parasal bir kaybın ortaya çıkması veya zarara uğrama tehlikesini ifade eden Fransızca kökenli bir kelimedir.⁶ Riskin yönetilmesi; jeopolitik, iklimsel ve ekonomik gelişmeler karşısında günümüzün ekonomi evreninde önemli bir faaliyet haline gelmiştir. Nitekim bu anlamda kredi, piyasa, hukuki, operasyonel, sistematik, karşı taraf ve likidite gibi çeşitli alanlarda risk türlerini ele alan ve şirket içi veya bağımsız otoritelerce değerlendirme sağlayan bir finans alanı olarak risk yönetimi alanının sınırları belirginleşmiştir.

⁴ M.Ö. 1792'den 1750'ye kadar hüküm süren Babil Kralı *Hammurabi* koyduğu yasaların 48. maddesinde yer alan hükme göre "Bir kimse bir borç için borçluysa ve bir fırtına tahılları yere sererse veya hasat başarısız olursa veya tahıl susuzluktan büyümezse; o yıl alacaklısına tahıl vermesi gerekmemekte, o yıl için kira ödememekte ve borç tabletinin suyla yıkanarak yok edilmesi gerekmektedir.". Bu hükümde yer alan borç tabletinin, değerini bir dayanak varlıktan alması itibarıyla bir türev ürün olarak değerlendirmek mümkündür. Bkz. Steve Kummer / Christian Pauletto, *The History of Derivatives: A Few Milestones* EFTA Seminar on Regulation of Derivatives Markets, Zurich, 3.5.2012, s. 1; Terblanché Janet René, *The Legal Risks Associated with Trading in Derivatives in a Merchant Bank*, Master Tezi, University of Stellenbosch, Nisan 2006, s. 3.

⁵ Bu bağlamda bkz. Acemoğlu Daron/Robinson James, *Ulusların Düşüşü: Güç, Zenginlik ve Yoksulluğun Kökenleri*, 2. Baskı, Doğan Kitap, 2012.

⁶ A. Nejat Yüzbaşıoğlu, "Risk Yönetimi ve Bankaların Denetimi", Risk Yönetimi Konferansı Risk Yöneticileri Derneği - Finans Dünyası, İstanbul, 16.1.2003, s. 2; Ali Çakar, *Türev Ürünler ve Vadeli İşlemler Piyasası*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı, Ankara, 2009, s. 7; H. Elçin Tamkan Karakoç, *Hukuki Yönüyle Borsada İşlem Gören Vadeli İşlem Sözleşmeleri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 10; Yılmaz Mustafa Kemal, *Döviz Vadeli İşlem Sözleşmeleri (Currency Futures)*, Der Yayınları, İstanbul, 2002, s. 12; Nazlı Kepçe, *Swap Sözleşmelerinin Finansal Tablolarda Raporlanması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 7.

Dalgalı ekonomik seyirlerin yarattığı risk olgusu, piyasalarda işlem gerçekleştiren katılımcılarda korunma ve bu riskten fayda sağlama açısından bir değerlendirme yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Nitekim ekonomik anlamda risk, piyasa katılımcıları için olumsuz yanları olduğu kadar ekonominin gelişmesi için varlığı zorunluluk taşıyan bir olgudur. Her türlü finansal kuruluş ve işletme, yüklenilen riskin sonuçları ile karşı karşıya olmalarına rağmen, aynı zamanda riskin getireceği potansiyel finansal getiriler, işletmelerin finansal risklerin içine girme iştahını arttırmaktadır.⁷ İşlemin riski ile olası getirisi arasında doğru orantı bulunmasına karşın, finansal tüketicilerin çoğu bu risklerin yaratabileceği zararlardan korunma eğilimi içerisinde hareket etmektedir. Bu nedenle ekonomik işleyiş içerisinde finansal tüketicilerin riski aktarmasına ve paylaşmasına yönelik çeşitli ekonomik enstrümanlar kullanıma sunulmuştur.

Türev araçlar, başlangıçta esas olarak tarımsal ürünlerin teminini güvence altına almak ve çiftçilerin ürünlerini doğal afetlerin yol açtığı fiyat dalgalanmalarına karşı korumak için oluşturulan ürünlerdir.⁸ Zamanla türev araçlar, korunma saikinin yanı sıra, hızlı şekilde yüksek getiri sağlamaya imkân veren enstrümanlar olarak da kullanılmaya başlanılmışlardır. Türev araçlar, işlevleri itibarıyla riskin bir taraftan, riski üstlenmeye daha istekli diğer tarafa aktarılmasına yönelik oluşturulmuş araçlardır.⁹ İstekli olan karşı taraf, sigorta sözleşmelerine benzer şekilde, üstlendiği riske karşılık kendi getirisini arttırmak amacıyla bir sözleşme ilişkisi içine girme niyeti içerisinde.¹⁰

⁷ Laucius, Gediminas, "Potential Impact of the New Post-Crisis Regulatory Approach to Financial Derivatives", *European Business Law Review*, Yıl: 2014, 25(5), s. 681 - 726, s. 681.

⁸ Yusuf Gökhan Penezoğlu, *Hukuki Yönleriyle Vadeli İşlem Sözleşmeleri*, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 6.

⁹ Alan N. Rechtschaffen, *Capital Markets, Derivatives and the Law: Evolution After Crisis*, Oxford University Press 2009, s. 159; David C. Sienko, "The Aftermath of Derivatives Losses: Can Sophisticated Investors Invoke the Suitability Doctrine against Dealers under Current Law", *DePaul Business Law Journal* Fall/Winter 1995, 8 (1) s. 105 - 132, s. 108.

¹⁰ Rechtschaffen, s. 159; Sienko, s. 108; Rhett G. Campbell, "Energy Future and Forward Contracts, Safe Harbors and The Bankruptcy Code", *American Bankruptcy Law Journal*, 2004, 78(1), s. 1 - 56, s. 3.

Dünyada türev sözleşmelerin tarihi antik çağlara kadar uzansa da¹¹ özellikle ülke para birimlerini Amerikan dolarına ve dolaylı olarak altına endeksleyen Bretton Woods sisteminin 1970’li yıllarda çökmesinin ardından geçen elli yıllık süreçte bu enstrümanlar arasında *türev sözleşmeler* ön plana çıkarak popüler bir kullanım alanına sahip olmuştur. Türev araçların kullanım alanı günümüzde dünyanın pek çok yerine yayılmıştır. Bu durumun başlıca nedeni, elde edilen hukuki güvenlik ortamı ile sözleşmeler için standart kalıplar ortaya konulması ve bu durumun ulusal hukuk sistemlerinin dar kalıplarına tabi kılınan sözleşmelerin yarattığı hukuki riski ortadan kaldırmasıdır.¹² “*Devletsiz küresel hukuk*” olarak anılan bu hukuk sistemi, uluslararası hukukun verdiği olanaklardan yararlanarak yeni standart sözleşmelerin dünya genelinde kullanılmasına ve taraflar için bağlayıcı olmasına imkân tanımıştır.¹³

¹¹ Dünyada organize türev piyasa olarak kabul edilen ilk piyasa 1730 yılında Japonya’nın Osaka kentinde faaliyet gösteren Dojima Pirinç Borsasıdır. Modern anlamda ilk türev piyasaların ABD’de başta buğday olmak üzere tarım ürünleri piyasasının etkin olduğu Chicago’da 1848’de kurulan Chicago Board of Trade (CBOT) olduğu kabul edilmektedir.

¹² Joanne P. Braithwaite, “Standard Form Contracts as Transnational Law: Evidence from the Derivatives Markets”, *The Modern Law Review*, Eylül 2012, 75(5), s. 779 – 805, 780. Hukuki risk kavramı, sözleşmenin yargı makamı, yasama organı ya da düzenleyici otorite kararı ile geçersiz kılınarak yasal olarak uygulanmaması, mevzuata tabi olarak getirilebilecek ek yükümlülüklerden kaynaklanan zararları içermektedir (Terblanché, s. 78 vd.; Andre Scheerer; “Credit Derivatives: An Overview of Regulatory Initiatives in the United States and Europe”, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2000, 5(1), s. 149 – 203, s. 168; Charles A. Samuelson, “The Fall of Barings: Lessons for Legal Oversight of Derivatives Transactions in the United States”, *Cornell International Law Journal*, 1996, 29(3), Article 4, s. 767 – 806, s. 781; Müjgan Hacıoğlu Deniz, *Vadeli İşlem Piyasalarına Giriş: Tarihsel Gelişimi, Temel Fonksiyonları ve Pratik İşleyişi*, Genişletilmiş 2. Baskı, Akademisyen Kitapevi, Ankara, 2020, s. 130; Krapp/Necasio; s. 20; Edward S. Adams/David E. Runkle, “The Easy Case for Derivatives Use: Advocating a Corporate Fiduciary Duty to Use Derivatives”, *William & Mary Law Review*, 2000, 41, s. 595 – 676, s. 664; Ahmad Ali Ghouri, “The Law and Regulation of OTC Derivatives: An Anglo-American Comparison and Lessons for Developing Countries”, *Nordic Journal of Commercial Law*, June 2010, No. 1, s. 1 – 45, s. 12).

¹³ Braithwaite, s. 780; Bu durum, standart hukuki metin ortaya koyan ticaret birliklerinin hesap verebilirliği, meşrutiyeti ve demokratikliği konusunda “norm-girişimcilerin hızlı bir şekilde çoğalması” olarak anılan yeni bir tartışma alanı yaratmıştır. Tartışma için bkz. Braithwaite s. 780. Günümüzde International Swaps and Derivatives Association (Uluslararası Swap ve Türev Ürünler Birliği – ISDA) başta olmak üzere pek çok girişim, türev araçlara yönelik dünyanın her yerinde uygulanabilir ve taraflar için bağlayıcı özellikler taşıyan sözleşmeler yaratmaktadır.

B. Türev Sözleşme Tanımı

Türev sözleşmeler, sınırsız bir çeşitliliğe ve finansal teknik olarak oldukça karmaşık bir yapıya sahip olabilmektedirler¹⁴. Bu sözleşmelerde tarafların edimleri farklı şekilde kombine edilebildiği gibi, şarta bağlı bir yapıya da sahip olabilir. Bu nedenle tüm türev sözleşmeleri içine alacak bir tanım oluşturmak kolay değildir. Türev sözleşmelerin ortak paydası, değerlerini taraflarca belirlenen bir dayanak varlık üzerinden almalarıdır. Her türev araç kendine özgü özellikleri ile farklı haklar ve yükümlülükler içermektedir.¹⁵ Türev sözleşmelerin temelindeki dayanak varlık konuları da (elektrik, sigorta, hava durumu, krediler gibi) çeşitlenerek, tür sayısını oldukça arttırmıştır.¹⁶

Türev sözleşmeleri kısaca, değeri bir dayanak varlığın değeri, bir endeks veya bir oran üzerinden hesaplanan, ikili bir sözleşme ya da nakit akışlarının değişimi anlaşmaları olarak tanımlamak mümkündür.¹⁷ Dayanak varlık unsurunu, hazine bonoları, borsa endeksi ya da faiz oranları oluşturabileceği gibi hava durumu ya da politik olaylar dâhi oluşturabilir. Bu dayanak varlıkların fiyatlamaları da piyasa içerisindeki dengelerde oluşmaktadır.

Günümüzde türev sözleşmeler, bir sermaye piyasası aracı olarak değerlendirilme eğilimindedir. Organik olarak bu yaklaşım doğru görünmekle birlikte, kendi başına bir varlık teşkil etmeyen, sadece bir sözleşme ilişkisinden ibaret olan türlerinin bulunan, bir varlıktan ziyade karşılıklı hak ve borç içeren bir yapı teşkil etmeyen türev sözleşmelerin bir sermaye piyasası aracı kategorisinden dışarıya taşımaları gerekir. Nitekim türev sözleşmeler, çoğunlukla dayanak varlığın mülkiyetine ilişkin bir tasarruf işlemi içermemekte, dayanak varlığın fiyat değişimlerine binaen oluşacak kâr/zarar için kurulmaktadır. Sermaye piyasasının diğer ürünleri olan hisse senetleri ve tahvilleri içine alan menkul kıymetler gibi bir varlık olarak alınıp satılmamaktadırlar. Türev piyasalarda işlem yapan taraflar sadece bir sözleşmede

¹⁴ Utku Saruhan, *Vadeli İşlem Sözleşmelerinde İfa İhlalleri*, On İki Levha Yayınları, 2022, s. 24.

¹⁵ Sudi Apak/Metin Uyar, *Türev Ürünler ve Finansal Teknikler*, Beta Yayınevi, 2011, s. 12 vd.

¹⁶ Hull, s. 1.

¹⁷ Rechtschaffen, Alan N.; *Capital Markets, Derivatives and the Law: Evolution After Crisis*, Oxford University Press, 2009, s. 159.

pozisyona girmektedirler. Bu durumdan hareketle türev sözleşmeler mülkiyet bağlantısından yoksundur, dolayısıyla oldukça farklı sermaye biçimleridirler¹⁸.

C. Türev Sözleşmelerin Tasnifi

Literatürde türev sözleşmeler; dayanak varlıklar, temelinde yatan sözleşmenin niteliği (forward – opsiyon bazlı sözleşme ayrımı), vadeleri gibi pek çok açıdan tasnife tâbi tutulmaktadır.¹⁹ Çalışmamızda nitelik açısından ciddi farklılıklar arz etmesi itibarıyla, türev araçları bir varlığı ya da bir borç yükümlülüğünü dayanak varlık olarak temel alması üzerine kurgulanan anapara türevleri – kredi türevleri tasnifi takip edilecektir.

1. Anapara Türevleri

Anapara türevleri, bir dayanak varlığın ileri bir tarihte satımı, alım ya da satım hakkının satımı ya da tarafların karşılıklı nakit akışları ve dayanak varlıkların değişimi üzerine işlem gerçekleştirdikleri, organize ve tezgâhüstü piyasalarda kurulan finansal sözleşmeleri ifade etmektedir.²⁰

Anapara türevleri gerek ekonomik açıdan gerekse hukuki altyapı açısından iki temel türev sözleşme türü olan forward sözleşmeler²¹ ve

¹⁸ Dick Bryan / Michael Rafferty, *Capitalism With Derivatives: A Political Economy of Financial Derivatives, Capital and Class*, Palgrave Macmillan, New York, 2006, s. 153 vd.

¹⁹ Ayşe Dilşad Keskin, *Swap İşlemi ve Hukuki Niteliği*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008 (Swap), 63 vd.

²⁰ Organize piyasalar ya da diğer kullanımı ile teşkilatlanmış piyasalar; belirli hukuki ve operasyonel bir altyapıya sahip, birden çok piyasa katılımcısının varlığı ile çoklu fiyat sistemi kullanılmak suretiyle belli bir mekânda işlem gerçekleştirilen piyasalardır. Tezgâhüstü piyasalar; belirli bir mekâna sahip olmayan, işlem usul ve esaslarının düzenlendiği, tarafların sözleşme serbestisi içerisinde arzu ettikleri şekilde işlem gerçekleştirdikleri, herhangi bir hukuki ve operasyonel altyapıya sahip olmayan piyasalardır (İsmail Kırca, *Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2000, s. 55; Saruhan, s. 16 vd.)

²¹ Forward sözleşmesi tarafların kendi aralarında miktarını ve cinsini belirledikleri bir varlığı (döviz, faiz, tarımsal ürün vs.) vade tarihinde ödenecek belirli bir fiyat karşılığında gelecekteki belirli bir zamanda teslim almak veya satmak kaydıyla yaptıkları bir sözleşmedir (Ayşe Dilşad Keskin, "Hukuki Açıdan Finansal Türev

opsiyon sözleşmeleri²² üzerine kurgulanmıştır. Bu iki temel türev sözleşme türünün unsurları ve özellikleri farklı şekillerde kombine edilerek yeni türev sözleşme türlerinin oluşturulması mümkündür. Günümüzde anapara türevleri, bu kategorinin başlıca sözleşmeleri olan forward sözleşmeleri, opsiyon, vadeli işlem sözleşmeleri (*futures*) ve swap sözleşmeleri ekseninde isimlendirilerek incelemeye konu edilmektedirler. *Vadeli işlem sözleşmeleri*, *swap* ve bu sözleşmeleri temel alarak geliştirilen diğer türev sözleşmeler, ileri tarihte dayanak varlığın değerine bağlı olarak bir ödeme içermeleri ile forward sözleşme temeline dayanmakta iken; *swaption*, *future - option* gibi ileri tarihte kullanılmak üzere alıcı tarafın bir prim ödemek suretiyle bir hakka sahip olduğu sözleşmeler ise opsiyon temeline dayanmaktadır.²³

2. Kredi Türevleri

Kredi türevleri, referans varlığın²⁴ sahipliğini değiştirmeden, alacakların zamanında tahsil edilememesi ya da beklenen düzeyde getiri elde edilememesi risklerinin piyasa oyuncularını (koruma alıcıları - koruma satıcıları) arasında transfer edildiği ürünlerdir.²⁵ Kredi türevleri,

-
- Araç Kavramı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara, 2008, C.: XXIV, S.: 4, s. 125 - 153 (Türev Araç), s. 128; Penezoğlu, s. 56 vd.; Ersan Ersoy / Ulaş Ünlü, “Tezgâhüstü Türev Piyasa İşlemleri”, *Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Nevşehir 2016, 6(1), s. 143 - 162, s. 144 - 145; Yasemin Zengin, Elektrik Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası’nda İşlem Görmesi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012., s. 40).
- ²² Opsiyon sözleşmeleri, sahibine belirli bir bedel (opsiyon primi - opsiyon fiyatı) karşılığında, sözleşme konusu döviz, emtia veya finansal aracı, opsiyonun türüne göre belirlenmiş bir tarihte (Avrupa tipi opsiyonlar) veya öncesinde (Amerikan tipi opsiyonlar), sözleşme kurulurken belirlenmiş bir fiyattan satın alma veya satma hakkı veren sözleşmelerdir (Ersoy/Ünlü, s. 145; Kırca, s. 186 vd.; Keskin, Türev Araç, s. 132 vd.).
- ²³ Opsiyon hakkının borçlar hukuku çerçevesinde yenilik doğuran hak niteliği için bkz. Necip Kocayusufoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukukuna Giriş (Birinci Cilt)*, Filiz Kitapevi 2017, s. 110.
- ²⁴ Dayanak varlık (underlying asset) kavramı, anapara türevlerinin vade tarihinde fiziken teslimle sonuçlanabilmesi sebebiyle kullanılmaktadır. Kredi türevlerinde yalnızca kredi olayının gerçekleşmesine konu olan bir eylem ya da durum söz konusu olduğundan türev sözleşme terminolojisinde referans varlık (reference asset) kullanımı tercih edilmektedir.
- ²⁵ Antulio N Bomfim, Credit Default Swaps, Finance and Economics Discussion Series No: 2022 - 023, Federal Reserve Board, Washington, D.C. 2022, s. 1; Wil-

1990'lı yılların başında kullanılmaya başlanmış ve ardından 1997 Asya, 1998 Rusya Ekonomik Krizlerinden sonra büyük bir işlem hacmine sahip olmuşlardır.²⁶ Bu araçlarda, referans kuruluşun yükümlülüklerini yerine getirmedeği ya da referans varlık olarak belirlenen alacakların ödenmediği durumlarda, koruma alıcısı tarafın uğradığı zararın telafisi için koruma satıcısı taraf bir ödeme gerçekleştirmektedir. Bu sözleşmelerde bir taraf, taraflar arasında belirlenen kredi olayının (*credit event*) gerçekleşmesi durumunda karşı tarafın zararına karşı bir koruma sağlamayı taahhüt etmektedir. Kredi türevleri, bir borçlanma aracını ihraç eden kimsenin kredi ödeme pozisyonuna bağlı olarak getiri sağlayan finansal ürünler olarak da tanımlanmaktadır.²⁷ Bu durum, kredi riskinin taraflar arasında transferine, kredi risklerinden korunmaya ve bu işlemlerden kâr elde edilebilmesine imkân tanır.²⁸

Finansal piyasalarda, büyük oyuncular – özellikle sigorta şirketleri ile faktöring, alacak yönetim şirketleri – alacaklarını tahsil etme yönünde oluşan kredi risklerini ortadan kaldırmak ve mevcut risklerini yönetmek için kredi türevlerini kullanmaktadır.²⁹ Kredi türevlerinde referans varlığı, bir şirketin ya da ülkenin kredi itibarı teşkil etmektedir.³⁰

la E Gibson, "Are Swap Agreements Securities or Futures?: The Inadequacies of Applying the Traditional Regulatory Approach to OTC Derivatives Transactions", *Journal of Corporation Law*, 1999, 24 (2), s. 379 – 416, s. 387; Elizabeth Howell, "Regulatory Intervention in the European Sovereign Credit Default Swap Market", *European Business Organization Law Review*, 2016, 17, s. 319 – 353, s. 321; Nadja Wurz, *Credit Default Swaps*, Diplomarbeit, Wien Universität 2007, s. 5 vd.; Turguttopbaş Neslihan, "Kredi Temerrüt Swapları ve İlgili Riskin Gerçekleşmesi Durumunda Uygulanan Hukuki Prosedür", *Bankacılar Dergisi*, 2013, 84, s. 37 – 53, s. 38; Massimo Telesca, "Analysis of Credit Default Swaps: Market, Applications and Legal Issues" 2003, s. 1 – 27, s. 3; Narayanan s. 2; Apak/Uyar, s. 179; Kredi riskinin bertaraf edilmesi için geliştirilen ürünlerden biri de kredi sigortalarıdır. Ancak kredi sigortalarının, düzenlemelere bağlı sınırlara ve kısıtlamalara tabi olması, piyasalarda kullanılması önünde engel teşkil etmiş ve kredi türevleri bu boşluğu kapatmak için oluşturulmuştur (Cousy, s. 230).

²⁶ Cousy, s. 231; Telesca, s. 3; Wurz, s. 1.

²⁷ Frank Partnoy/David A. Skeel, "The Promise and Perils of Credit Derivatives", *University of Cincinnati Law Review*, 2007, 75, s. 1019 – 1051, s. 1021.

²⁸ Cousy, s. 231; Kredi riski, bir tarafın sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmemesi olarak tanımlanmaktadır.

²⁹ Hull, s. 571 vd.; Turguttopbaş, s. 42.

³⁰ Hull, s. 571.

Kredi türevlerinin başlıca türleri,³¹ Toplam Getiri Swapları (*Total Return Swaps* - TRS), Kredi Spread Opsiyonları (*Credit Spread Options* - CSO), Krediyeye Dayalı Tahviller (*Credit - Linked Notes* - CLN), Teminatlı Borç Yükümlülükleri (*Collateralized Debt Obligations* - CDO), Kredi Temerrüt Opsiyonu (*Credit Default Option*) ve Kredi Temerrüt Swap (*Credit Default Swaps* - CDS) sözleşmeleridir. Kredi türevlerin sayısı ve kullanımı her geçen gün artmakla birlikte, en popüler kredi türev sözleşmeleri kredi swapları olarak da anılan Credit Default Swaps (CDS) ile Total Return Swaplarıdır (TRS).³²

D. Türev Sözleşmelere İlişkin Temel Kavramlar

Piyasalarda ihtiyaçlara yönelik olarak geliştirilen yeni uygulamalar, türev sözleşmeler için kendi jargonunu ve teamüllerini barındıran yeni bir literatür yaratmıştır. Bu uygulamalar, hukuki açıdan farklı sonuçlar doğurabilmektedir.

Türev sözleşmeler, organize ve organize olmayan piyasalarda işlem görürler. Tezgâhüstü organize olmayan piyasalarda taraflar her türlü iletişim imkânı ile türev sözleşmeleri esnek bir şekilde iki taraflı olarak kurabilirler.³³ Bu sözleşmeler, sözleşme serbestisi içerisinde kurulmaktadır. Tezgâhüstü türev sözleşmelerde ise tarafların kredi ris-

³¹ Cousy, s. 231.

³² Schuyler K Henderson, "Credit Derivatives and Operational Risk, or Why a Credit Default Swap is Not Like a Bond", *Law and Financial Markets Review*, 2007, 1(1) s. 31 - 44, s. 31; International Organization of Securities Commissions, The Credit Default Swap Market Report FR04/12 June 2012, (IOSCO Report), s. 1; Wurz, s. 6; Apak/Uyar s. 179; Nadire Ebru Buz/Güray Küçükkocaoğlu "Ülke Kredi Temerrüt Takas (CDS) Primini Etkileyen Faktörler, Türkiye Uygulaması", *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi*, 25(1), s. 27 - 52, s. 30. Bu iki tür türev sözleşme, referans sözleşmenin tarafları arasındaki ödeme akışının kredi tabanlı bazı varlıkların veya yükümlülüklerin fiyat hareketlerine ve ifa edilme durumlarına bağlı bir ödeme değişimini temel almaktadır (Gibson s. 387).

³³ Türev sözleşmelerde iş akışı takas ve mutabakat olmak üzere iki aşamada ele alınmaktadır. Takas (Kliring/Clearing), alacaklının ve borçlunun eşleşen emirleri neticesinde, karşılıklı mahsuplaşmaların tamamlanarak net bir şekilde borçların ve alacakların belirlenmesi sürecini ifade etmektedir. Mutabakat (Uzlaşma/Settlement), kliring sonucu ortaya çıkan netleşirmenin taraflar arasında fiziken ya da hesaben aktarım süreçlerini ifade etmektedir. Settlement (Mutabakat) işlemleri merkezi saklama kurumları nezdindeki hesaplara ilişkin mutabakat sistemleri (Örn. EMKT) ve ödeme sistemleri (Örn. EFT) aracılığıyla gerçekleştirilir.

kini ve hukuki riski bertaraf etmeleri amacıyla *ISDA Master Agreement* gibi standart olarak hazırlanan standart sözleşme şablonları temelinde yürütülmektedir.³⁴

ABD’de başlayan 2008 Krizinde finansal tüketicilerin bankalardan kullandıkları konut kredileri (*mortgage*) temel alınarak finansal kuruluşlar arasında kurulan tezgâhüstü işlemler, konut kredilerindeki krizin etkisiyle, büyüklükleri ve içerdikleri riskler yönünden büyük bir domino etkisi yaratmış ve bu durumun dünya ekonomisinde yarattığı ciddi dalgalanma ile büyük zararlar doğurmuştur. Bu döneme kadar geniş bir serbesti içerisinde olan türev araçların yeteri kadar regülasyona tâbi tutulmadığı yönünde tartışma doğmuştur. Türev sözleşmeler, riskten korunma ve riskin yönetilmesi hususunda önemli rol oynamalarına karşın, finansal piyasalar ve ekonomik istikrar açısından bu araçların yıkıcı olabilecek düzeyde bir tehdit oluşturduğu görüşü finansal çevrelerde ciddi taraftar bulmuştur.³⁵ Bu durumu

³⁴ Türev araçların regülasyonu konusu 2008 Krizi sonrası finansal piyasalarda önemli tartışmaların başında gelmiş ve 1990’lardan bu yana türev araçların işlem hacminde meydana gelen aşırı büyüme, getirilen düzenleme yükü neticesinde, büyüme ivmesi duraksamaya uğramıştır. Gerek ulusal ve uluslararası regülasyonlar gerekse risk unsurlarının önüne geçilmesi amacıyla finansal kuruluşların bir araya gelmesi ile oluşturulan International Organization of Securities Commissions (IOSCO) ve ISDA kuruluşlarının tezgâhüstü türev sözleşmelerin standardize edilmesine ilişkin çalışmaları türev araçlara bir düzen getirmiş ve bu durum türev sözleşmelerinin içeriğini ve piyasalarını doğrudan etkilemiştir. Tezgâhüstü piyasalarda, finansal kuruluşlar arasında yapılmasının sonucu olarak, taraflar arasında ileriki dönemde akdedilecek sözleşmelerin temel hatlarını belirlemek üzere bir ana sözleşme (master agreement) imzalanması yaygın bir uygulamadır. Taraflar akdedecekleri bireysel sözleşmede sadece sözleşmenin kararlaştırılacakları unsurlarını (dayanak/referans varlık, vade tarihi, referans kuruluş, kavramsal anapara, sonlandırma yöntemi, kredi olayı ve fiziksel teslim talebi bildirim şartları, kredi olayı ve türleri, prim ödeme zamanları vb.) belirlemektedirler.

³⁵ 2008 Krizinde Lehman Brothers, Bear Stearns, American International Group (AIG) gibi birçok büyük yatırım bankacılığı ve sigorta şirketleri, ipotek menkul kıymetleri üzerine CDS sözleşmelerinde satıcı olarak alacaklılara koruma tesis etmişlerdir. Mortgage kredilerinin geri dönüşlerinde yaşanan sorunlar neticesinde, bu şirketler alacakları koruma altına alacak gücü yaratamamışlar ve iflâs eşiğine gelmişlerdir. Bu durumda ABD Hükümeti bu şirketleri kurtarmak zorunda kalmış ve bu durum kamuoyunda büyük tepkilere sebep olmuştur. American International Group (AIG) gibi eski bir geçmişe sahip, büyük bir sigorta şirketinin CDS sözleşmelerinden kaynaklı olarak iflâs etmesi, CDS Swaplarının küresel finansal krizinin müsebbibi olarak gösterilmesi sonucunu doğurmuştur (Didik Siswantoyo/Lakshmi Karri, Impacts of Introduction of Central Counterparties on

Yunanistan'da gerçekleşen 2011 Devlet Borcu krizi gibi olgular pekiştirmiştir.³⁶ Anılan süreçler, türev sözleşmelerin yeteri kadar düzenlenmediği ve denetlenmediği sonucunu ortaya çıkarmıştır.³⁷ 2008 Krizi neticesinde, finansal piyasalarda ciddi etkiler yaratabilecek nitelikte sistemik risklerin önlenmesi amacıyla başta swaplar olmak üzere tezgâhüstü piyasalarda yapılan türev sözleşmelerin merkezi kayıt kuruluşlarına bildirilmesi ve merkezi karşı taraf kuruluşları nezdinde yapılması zorunlulukları ihdas edilmiştir³⁸.

Organize piyasalarda işlem gören türev sözleşmelerin kurulması, piyasa otoritesi tarafından standardize edilmiş şartlar içerisinde, katılımcı emirlerinin eşleşmesi neticesinde merkezi karşı taraf kuruluşu hizmeti sunan takas merkezi ile sağlanmaktadır. Bu piyasalardaki sözleşmelerin temel özelliği, sınırlı sayıda çeşitliliğe sahip ve vade, miktar gibi konularda standart olmalarıdır. Bu sözleşmeler, sadece fiyat üzerine karşılıklı ve birbirine uyumlu irade beyanları eşleşmesi ile kurulmaktadır.

Credit Default Swap Market, University of Applied Sciences Northwestern Switzerland School of Business 2015, s. 1; Augustin/Subrahmanyam/Tang/Wang, s. 182; Christian A. Johnson, "Banking, Antitrust, and Derivatives: Untying the Antitying Restrictions", *Buffalo Law Review*, 2001, 49(1), s. 1 - 49, s. 171; Aleksandra Stankovska, "Global Derivatives Market", *South East European University Review*, 2017, 12(1), s. 81 - 93, s. 881). Dünyaca ünlü yatırımcı Warren Buffett, çok hızlı bir şekilde ekonomileri ve şirketleri iflasa sürükleyebildikleri için türev araçları, "finansal kitle imha silahları" olarak tanımlamaktadır.

³⁶ Augustin/Subrahmanyam/Tang/Wang, s. 177. CDS sözleşmelere yönelik bir diğer büyük eleştiri de CDS primleri üzerinden spekülasyon yaparak şirket ve ülke finansal itibarını sarsma konusunda araç olmalarıdır (Augustin/Subrahmanyam/Tang/Wang, s. 177).

³⁷ IOSCO Report s. 1 vd.

³⁸ Dünyada 2008 krizinden önce de özellikle 90'lı yıllarda türev ürünlere ilişkin bazı sorunlar yaşanmıştı. Orange County (1994), Metallgesellschaft (1993), Gibson Greetings (1994), Procter & Gamble (1994), Barings Bank PLC (1996) gibi şirketler bu yıllarda türev işlemlerden kaynaklı olarak iflas etmişler ve bu durum piyasalarda ciddi ekonomik zararlara neden olmuştur. Günümüzde yaygın bir akım olarak hukuki düzenlemelerde türev işlemlerin organize piyasalarda ya da tezgâhüstü piyasalarda merkezi karşı taraf kuruluşları ile yürütülmesine yönelik düzenlemelere yer verilmektedir. Bkz. Timur Altay Kaygısız, Tezgâhüstü (OTC) Türev İşlemlerin Merkezi Takası, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlilik Etüdü, Ankara, 2008; Ömer Faruk Şenol, Hukuki Açından Bankaların Tezgâhüstü Piyasada Taraf Olduğu Türev İşlemler, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Organize türev piyasalarda, merkezi karşı taraf kuruluşu ile işlem yapan katılımcıların borcunu ifa edememesi riskine karşı, merkezi karşı taraf kuruluşunun korunması için teminat sistemi oluşturulmuştur. Sözleşmenin kuruluşunda işlem yapan katılımcılar, başlangıç teminatı olarak belirlenen bedeli takas merkezine teminat olarak depo ederler. Türev sözleşmelerin işleyişinde kâr ve zarar tutarları her işlem günü sonunda katılımcının takas merkezi nezdindeki teminat hesabına yansıtılır. Bu işlem her gün yapıldığı için günlük uzlaşma olarak da adlandırılmaktadır. Takas merkezi, gerektiği takdirde teminat hesapları arasındaki ayarlamaları seans sırasında da gerçekleştirebilir.³⁹ Günlük değerlendirme neticesinde, katılımcının teminat seviyesinin belirlenen asgari teminat seviyesine inmesi durumunda sürdürme teminatı sağlanması için teminat çağrısı (*margin call*) yapılmaktadır.⁴⁰ Eğer katılımcı, teminat seviyesini istenen seviyeye çıkaramadığı takdirde, açık pozisyon takas merkezi tarafından ters işlemle kapatılmaktadır.⁴¹

Türev sözleşmeler; fiziki teslimat (*physical delivery*), nakdi uzlaşma (*cash settlement*) ve ters işlemle (*off-set*) sona erme olmak üzere üç farklı şekilde sona erdirilebilmektedir.⁴²

³⁹ Yalçın Karatepe, Türev Piyasaları: Futures, Opsiyon, Swap, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Yayın No. 587, Ankara, 2000, s. 15.

⁴⁰ Rainer Konrad; Terminbörsengeschafter: eine Einführung mit Praxdis- und Übungsbeispeilen, Gabler Verlag, Wiesbaden, 1992, s. 102; Karatepe, s. 38; Mustafa Kılılı/Samet Evcı, "Altın Vadeli İşlem Sözleşmelerinin Muhasebeleştirilmesi", *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, Ekim 2017, S.: 76, s. 127 - 138, s. 129 - 130; Nurgül Chambers, Türev Piyasalar, 4. Basım, Beta Yayınevi, Aralık 2012, s. 8.

⁴¹ Kılılı/Evcı, s. 130; Chambers, s. 8; Karatepe, s. 38.

^Robert J. Aalberts/Percy S. Poon, "Derivatives and the modern prudent investor rule: too risky or too necessary", *Ohio St. Law Journal*, 2006, 67(3), s. 525 - 592, s. 549.

⁴² Keskin, Türev Araç, s. 131 - 132; Penezoğlu, s. 54, 180 vd.; Tütüncübaşı, s. 88; Aysan Ondörtoğlu, Organize Piyasalarda İşlem Gören Finansal Türev Araçların İncelenmesi ve Türkiye'deki Uygulamaları, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 22; Ersan, İhsan; Finansal Türevler, Futures & Options & Swaps, Literatür Yayıncılık, 3. Basım, İstanbul 2003, s. 32; Konrad, s. 105; Ersan, s. 33; Pelin Molva, Döviz Dayalı Vadeli İşlem Sözleşmesi ile Kur Riskinden Korunmanın Yolu ve Korunma Performansı, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonometri Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2008, s. 22; Belin Köroğlu, Türev Araçların Alım Satımına Aracılık Sözleşmeleri, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuku Ana Bilim Dalı Ticaret Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013, s. 72; Margaret Chew Sing Seng, Futures Trading Law and Regulation in Singapore: an Introduction, Dissertation, National University of

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TÜREV SÖZLEŞMELERİN DÜZENLENİŞİ

Dünyadaki çeşitli türev piyasaları, birbirleri ile entegrasyonunu sağlamak üzere büyük oranda benzerlik taşımaktadır. Bu piyasaların ortak yönü, türev borsaların tamamının düzenleyici otoritelerce yürütülen regülasyon faaliyetlerine tabi olmasıdır.⁴³ Piyasa bütünlüğünün ve verimliliğinin, finansal güvenliğin ve yatırımcıların korunması kavramları finansal piyasaların başarısı için kritik önem taşır. Bu nedenle, türev piyasalar için bu koşulların mevcut olması ve bu koşulların piyasanın tüm kullanıcıları tarafından açıkça erişilebilmesi için hükümetler nezdinde türev piyasalara yönelik güçlü teşvikler ve hukuki düzenlemeler oluşturulmaktadır.⁴⁴

A. Türk Hukuku

Türk Hukukunda türev araçlara ilişkin temel düzenlemeler sermaye piyasası mevzuatında yer almaktadır. Türev araçlara ilişkin işlemlere dair detaylı düzenlemeler Sermaye Piyasası Kurulu tarafından uygulamaya konan ikincil düzenlemeler ve Borsa İstanbul İç Yönetmeliklerinde düzenlenmiştir.⁴⁵

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda türev araçlar; menkul kıymetler ve yatırım sözleşmeleri ile Sermaye Piyasası Kurulu'nca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını içine alan, çatı kavram niteliğindeki "*sermaye piyasası araçları*" kavramı

Singapore, Yıl: 1997, s. 19; Pınar Bahar Doğan, Vadeli İşlem Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği, Onikilevha, Aralık 2020, s. 106 - 107; Hull, s. 44; Naci Arıkan, Türev İşlemlerin Hukuki ve Vergisel Boyutu, Maliye ve Hesap Uzmanlar Derneği, İstanbul, 2000, s. 71; Ertuğrul Akçaoğlu, Finansal Türev Ürünlerin Vergilendirilmesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 12; Jackson, s. 3213; Şahiner, s. 14; Sing Seng, s. 19. Türev sözleşmelerinde dayanak varlığı teslim etmekle yükümlü olan taraf, sözleşmenin kuruluşunda ve vade süresinde dayanak varlığın mülkiyetine sahip olmak zorunda değildir. Bu durum türev piyasalardaki işlem hacminin, dünyada alım- satıma konu olan finansal varlıkların değerinden çok daha fazla olmasına sebep olmuştur (Chambers, s. 7; Ondörtoğlu, s. 19).

⁴³ IOSC, s. 1.

⁴⁴ IOSC, s. 2.

⁴⁵ Borsa İstanbul Yönetmelikleri için bkz. <https://www.borsaistanbul.com/tr/sayfa/10/mevzuat>.

içinde yer almaktadır (m. 3/1-ş).⁴⁶ Kanun, türev araçları üç kategori halinde ele almış ve türev araçlar kategorisine Kurulca belirlenen bu kapsamdaki diğer araçların da dâhil olduğunu belirtmiştir (m. 3/1-u). İlk kategoride, “1) Menkul kıymetleri satın alma veya satma veya birbirleri ile değiştirme hakkı veren türev araçları,” ifadesi ile opsiyon ve opsiyon türevleri ele alınmaktadır.⁴⁷ İkinci kategoride “2) Değeri, bir menkul kıymet fiyatına veya getirisine; bir döviz fiyatına veya fiyat değişikliğine; faiz oranına veya orandaki değişikliğe; bir kıymetli maden veya kıymetli taş fiyatına veya fiyat değişikliğine; bir mal fiyatına veya fiyat değişikliğine; Kurulca uygun görülen kurumlarca yayınlanan istatistiklere veya bunlardaki değişikliğe; kredi riski transferi sağlayan, enerji fiyatları ve iklim değişkenleri gibi ölçüm değerleri olan ve bu sayılanlardan oluşturulan bir endeks seviyesine veya seviyedeki değişikliğe bağlı olan türev araçları, bu araçların türevlerini ve sayılan dayanak varlıkları birbirleri ile değiştirme hakkı veren türevleri,” ifadesiyle pek çok türev ürün kapsama dâhil edilmiştir. Bu maddede swapla birlikte, swaption ve future-option gibi, türev sözleşmelerin dayanak varlık olarak kabul edildiği türev sözleşmelere ilişkin hukuki altyapı teşkil edilmiştir. Üçüncü ve son grup olarak 2010 yılından itibaren finans çevrelerinde işlerlik kazanan kaldıraçlı işlemler türev araç kategorisine dâhil edilmiştir.⁴⁸

Sermaye piyasası aracı olarak türev sözleşmelerin, 6362 sayılı SPK’ya tabi olmasının bir sonucu olarak sözleşmede yer alan dayanak

⁴⁶ Aynı yönde düzenlemeler MTK Genel Yönetmeliği m. 4/1 - p; Hizmet Esasları Tebliği (III-37.1) m. 3/1-ö. 2499 sayılı mülga SPK’nın m. 3(b) hükmünde sermaye piyasası araçları menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçları şeklinde ikili bir ayırım tercih edilmekteydi. 6362 sayılı SPK ile daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir.

⁴⁷ 6362 sayılı SPK m. 3/1-u. Menkul kıymet; SPK’da belirtildiği üzere, payları pay benzeri kıymetleri, depo sertifikalarını, borçlanma araçları ve benzeri varlıkları içine alan bir kavramdır.

⁴⁸ Hizmet Esasları Tebliği (III-37.1) m. 26 hükmünde “döviz, kıymetli maden, kıymetli taş, mal veya diğer varlıkların fiziki olarak alım satımı” ve “Gerçek ve/veya tüzel kişilerin kendi aralarında bir yatırım kuruluşu aracılığı olmaksızın gerçekleştirdiği, ticari veya mesleki faaliyet sayılamayacak nitelikteki türev araç alım satım işlemleri” türev araç işlemi kapsamı dışında sayılmıştır. Kaldıraçlı işlemler hakkında daha fazla bilgi için bkz. Hanım Yıldırım Soysal, Sermaye Piyasası Hukukunda Kaldıraçlı Alım Satım İşlemleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018.

varlıklar, sözleşme standartları, sözleşmelerin işlem görme usulleri, sözleşmelerin işlem gördüğü piyasalar ve sözleşmelere aracılık edecek kuruluş unsurlarının her biri Sermaye Piyasası Kurulu'nun düzenleyici ve denetleyici yetkilerine tabidir.

Türk hukukunda, yabancı para borçlanmalarına ilişkin temel kural olan TBK'nın 99. maddesi ve ekonomik konjoktüre bağlı olarak hükümlerinde çeşitli zamanlarda değişikliğe gidilen 32 sayılı Karar ve bağlantılı düzenleme hükümleri türev sözleşmeler için önem arz etmektedir.⁴⁹

5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 4'te türev araçları tamamıyla içine alan bir tanımlama ile, "*i) Ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövizde dayalı; vadeli işlem sözleşmelerinin, opsiyon sözleşmelerinin, birden fazla türev aracı içeren basit veya karmaşık yapıdaki finansal araçların alımı, satımı ve aracılık işlemleri*" bankaların gerçekleştirebileceği faaliyet konuları içerisinde yer almaktadır.⁵⁰

Mevzuatta türev araçlar genel kategori olarak belirlenmesine karşın, bankaların maruz kalacakları risk tutarlarına göre sermaye yeterliliklerine ilişkin düzenlemelere yer verilen ve 23.10.2015 tarihinde

⁴⁹ 32 sayılı Kararın "Dövizle İlişkin İşlemler" başlıklı 6. maddesinin 6-7-8. fıkralarında döviz ve kıymetli madenlere dayalı vadeli işlemlere ve türev işlemlerin Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yetkilendirilecek kuruluşlar aracılığıyla yapılabileceği öngörülmektedir. Türev sözleşmelerinde yabancı para cinsinden ödemelere ilişkin hükümlere sıklıkla yer verilmektedir. Nitekim niteliği itibarıyla bu işlemleri Türk Lirası ile yapılması zorunlu kılmak, bu sözleşmelerin amacını ortadan kaldıracaktır. TBK m. 99 hükmünde yabancı para ödemelerinin aynen ödeme kaydı bulunması ya da özel olarak yabancı para şeklinde ödeneceğine yönelik bir hüküm bulunması halinde ifanın yabancı para ile gerçekleştirilmesi zorunlu kılınmıştır. Bu tür hükümlerin bulunmadığı durumlarda taraflar borçlarını rayiç kur üzerinden hesaplanacak bedel üzerinden Türk Lirası olarak ödeyebileceklerdir.

⁵⁰ Sanayi ve Ticaret Bakanlığı düzenlemelerinde de özellikle tarımsal ürün borsalarına yönelik türev araçlara ilişkin hükümlere yer verilmektedir. 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Tanımlar başlıklı m. 2/1-ç hükmünde "finansal sözleşmeler" başlığı altında "ç) Finansal sözleşme: Faiz oranı, emtia, döviz, hisse senedi, tahvil, endeks veya benzeri finansal araçların dayanak varlık olarak kullanıldığı spot, future, forward, opsiyon veya swap işlemiyle, repo, ters repo işlemi ve bu işlemlere benzer nitelikte olan ve finansal piyasalarda kullanılan diğer işlemlerle ve bu işlemlerin herhangi bir kombinasyonunu içeren sözleşmeleri," ifadesine yer verilmiştir.

Resmî Gazete’de yayımlanan “Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik” hükümlerinde türev araç olarak nitelendirilen çok sayıda sözleşmenin ismi zikredilmiştir.⁵¹

Türkiye’de türev sözleşmeleri organize piyasası, Enerji Piyasaları İşletme A.Ş.’de yapılan elektrik vadeli işlemlerin yanında esas olarak Borsa İstanbul nezdindeki BİST Vadeli İşlemler ve Opsiyon Borsası’nda gerçekleştirilmektedir. Bu borsada gerçekleştirilen işlemler “Borsa İstanbul A.Ş. Vadeli İşlem ve Opsiyon Piyasası Yönergesi” ve bu düzenlemeye dayanılarak çıkarılan “Borsa İstanbul A.Ş. Vadeli İşlem ve Opsiyon Piyasası Prosedürü” ne bağlı olarak yönetilmektedir. Bu Yönergeler, 6362 sayılı SPK’nın 67. maddesine dayanılarak çıkarılan “Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği”⁵² esas alınarak çıkarılmıştır. Takas hizmeti ve karşı taraf hizmetleri de Sermaye Piyasası Kanunu’nun m. 77 - 78. maddelerine dayanılarak çıkarılan “İstanbul Takas ve Saklama Bankası Anonim Şirketi Merkezi Karşı Taraf Yönetmeliği” ile “İstanbul Takas ve Saklama Bankası Anonim Şirketi Merkezi Takas Yönetmeliği” düzenlemelerinde yer almaktadır.

B. Alman Hukuku

Almanya’da finansal piyasalara ilişkin ilk kapsamlı düzenleme 1896 yılında yasalaştırılan *Börsengesetz* (BörsG) düzenlemesidir.⁵³ Alman Hukukunda, türev sözleşmelerinin spekülâtif yapısından dolayı 90’lı yıllara kadar olan süreçte, bu konuda muhafazakâr bir yaklaşım sürdürülmüştür.⁵⁴ Almanya’da modern anlamda türev sözleşmelere ilişkin ilk yasal reform ise 1989 yılında BörsG’de gerçekleştirilen de-

⁵¹ Bu Yönetmelik, Kredi Temerrüt Swap (CDS), Swaption ve Egzotik Opsiyonlara kadar özel olarak düzenlemelere yer vermesi itibarıyla Türk mevzuatında türev araçlara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içermektedir.

⁵² 19.10.2014 tarihli ve 29150 sayılı Resmî Gazete.

⁵³ Hans-Friedrich Müller, “Finanztermingeschäfte”, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht Band 2 §59, 3. Auflage, Springer, Herausgeber: Peter Derleder, N. 1; 2007 yılına kadar yürürlükte kalan Börsengesetz, MiFID düzenlemesine paralel olarak 1.11.2007’de yürürlüğe giren Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz (Finansal Piyasa Direktifi Uygulama Yasası) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵⁴ Christopher B. Kuner, “Arbitration of International Futures Disputes under German Law”, *Arbitration International*, 1992, 8(1), s. 93 - 96, s. 93.

ğişiklikler ile gerçekleştirilmiştir.⁵⁵ Daha önceki dönemde kumar ve bahise ilişkin *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)'nin 762 – 764/I madde hükmünden kaynaklı tartışmalar Alman hukuk doktrininde ele alınmaktaydı.⁵⁶

Alman hukukunda türev işlemlerin ticaretine ilişkin hükümlere yer verilen ve 1994 yılında yürürlüğe giren Alman Menkul Kıymet Ticareti Hakkındaki Kanunu'nun (*Wertpapierhandelsgesetz–WpHG*) tanımlar başlıklı 2. bölümünün 3. fıkrasında türevlerin tanımına ve kategorilerine yer verilmiştir.⁵⁷

Wertpapierhandelsgesetz'de Avrupa Birliği düzenlemelerine paralel olarak hem küçük yatırımcıların hem de sistematik riske karşı korunmanın sağlanması konusunda BaFin'e (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – Federal Finansal Denetim Kurumu*) yetki veren hükümler sıklıkla yer almaktadır.⁵⁸ Türev işlemler bazında ele alındığında, kanunda öngörülen şartlar olduğu takdirde emtia türevlerinin BaFin tarafından sınırlandırılarak yasaklanabileceği öngörülmüştür (Section 9/2, 54). Benzer şekilde finansal sisteminin güvenliği için BaFin, döviz kuruna dayanan türev araçların kullanımını da yasaklayabilir ya da pozisyon limitleri getirebilmektedir (Section 14/1, 56).

⁵⁵ Friedrich E.F. Hey, "A New Era of Financial Futures Trading in Germany: Sweeping Changes in the Legal and Business Environment", *Northwestern Journal of International Law & Business*, Fall 1989, 10(2), s. 281 – 308, s. 284; Müller, N. 4; Kuner, s. 94.

⁵⁶ Günter Reiner, *Derivative Finanzinstrumente im Recht*, 1. Aufgabe, Nomos Verlagsgesellschaft mbH. 2002, s. 85 vd.; Peter Mülbert/Heinz-Dieter Assmann, *Wertpapierhandelsgesetz: Kommentar*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2012, s. 1881; Müller, N. 5; Keskin, Swap, s. 212 vd.

⁵⁷ Müller, N. 14 – 18; Kanun metnine ulaşmak için bkz. <https://www.buzer.de/gesetz/1262/a17877.html>; Klaus-Dieter Drüen, *Termingeschäft vs. Kassageschäft – Zur steuerlichen Qualifikation von Optionsscheinen*, München, 2021, s. 7'den naklen.

⁵⁸ BaFin, Almanya'da 2002 yılında kurulan ve finansal piyasaların işleyişini düzenlemekle ve denetlemekle görevlidir. *Wertpapierhandelsgesetz* (WpHG) Section 100'de "Verbotene Finanztermingeschäfte" başlığı altında, Almanya Federal Maliye Bakanlığı'nın yasal bir emir yoluyla, yatırımcının korunması için gerekli olduğu durumlarda vadeli işlem sözleşmelerini yasaklayabileceğine ya da kısıtlayabileceğine ilişkin yetki sağlanmıştır. Aynı maddede yasaklanmış bir vadeli işlem sözleşmesinin ifasına yönelik gerçekleştirilen işlemlerin geçersiz olduğuna yer verilmiştir. Aynı şekilde kıymetli evrak ve türevlerin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla 2010 yılında çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir (Müller, N. 7, 84).

Wertpapierhandelsgesetz Section 99 Part 13'te türev işlemlerle ilgili çok önemli bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, türev işlemlere taraflardan en azından birinin ticari olarak türev işlemlerine giren bir teşebbüs olması ya da ticari olarak organize edilmiş ticari faaliyetler gerektiren veya türev işlemlerini satın alan, satan veya aracılık eden ölçekte olması halinde, bu işlemlere karşı Alman Medeni Kanunu (BGB)'nun kumar ve bahise ilişkin 762. madde hükmünde düzenlenen itirazın ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür.⁵⁹

C. Avrupa Birliği Hukuku

Avrupa'da türev işlemlerin tarihi Roma döneminde gerçekleştirilen forward benzeri işlemlere kadar uzamaktadır.⁶⁰ Modern Avrupa'da, türev işlemler 1970 yılında 38 Alman şirketinin hisse senetleri üzerine yazılı opsiyonlarının işlem görmeye başlaması ile Almanya'da başlamıştır.⁶¹

Avrupa Birliği'nde türev araçların kullanımının artması sonucu ortaya çıkan düzenleme ihtiyacı neticesinde türev araçlara ve finansal piyasalara ilişkin Birliğin ilk temel düzenlemesi uzun çalışmalar neticesinde 2007 yılında yürürlüğe giren "*Finansal Araçlar Piyasalarına İlişkin 2004/39/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi*" (Mar-

⁵⁹ Alman hukukunda 2002'de yürürlüğe giren Finanzmarktförderungsgesetz düzenlemesiyle yürürlükten kaldırılan BGB Art. 764'e göre bir Differenzgeschafte sözleşmesinde bir malın ya da kıymetli evrakın gelecekte teslimi söz konusu olmalıdır. Ancak bu sözleşmelerde taraflar teslimat yerine nakdi uzlaşma ile oluşan fiyat farkını talep etmektedirler. Bu fark ödemesi, sözleşmenin yapıldığı andaki fiyat ile önceden belirlenen tarihteki piyasa veya borsa fiyatı arasındaki farktan hesaplanmaktadır.

⁶⁰ Tarihçiler Antik Roma şehirlerinde buğday ve diğer temel gıda maddeleri için forward sözleşmesi benzeri sözleşmelerin yapıldığı pazarların bulunduğunu ortaya çıkarmışlardır (Moles Peter, Derivatives, Edinburgh Business School, Heriot Watt University, 2011, s. 1/3). Roma döneminde, başlangıçta türev ürünler hoş karşılanmamaktaydı. Geç Roma Cumhuriyet Dönemi'nin (M.Ö. 147 - 30) askeri ve siyasi lideri *Pompey*, büyüyen Roma şehri için yiyecek tedarikini güvence altına almak için uzun vadeli bir planlamanın gerekli olduğunu fark etti ve tahıl tüccarlarının vadeli sözleşmeler yapmasına izin verdi (Kummer/Pauletto, s. 3; Ernst Jung Weber, "A Short History of Derivative Security Markets", *The University of Western Australia Discussion Paper* 08.10, August 2008, s. 431 - 466, Jung, s. 437).

⁶¹ Kırca, s. 25; Cumhuriyet Tütüncübaşı, Türev Araçlar ile İlgili İşlemler ve Bu İşlemlerin Hukuki Niteliği, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü Sermaye Piyasası ve Borsa Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s. 29.

kets in Financial Instruments Directive – MiFID) düzenlemesidir. Bu düzenlemede türev araçlar içinde yer alan vadeli işlem sözleşmeleri, devredilebilir menkul kıymetler, para piyasası enstrümanları, kolektif yatırım girişimleri ile birlikte finansal enstrümanlar başlığı altında belirtilmiştir (Section C).⁶²

2008 Finansal Krizinin sonuçları paralelinde değişiklikler getiren ve 2014 yılında yayımlandıktan sonra 2018 yılında yürürlüğe giren «*Finansal Araçlar Piyasalarına ilişkin 2014/65/EU Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi*» (MiFID II) düzenlemesi yürürlüğe konulmuştur.⁶³ Bu düzenlemenin yanı sıra «*Finansal Araç Piyasalarına ilişkin 600/2014 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü*» (MiFIR)⁶⁴ ile tezgâhüstü türev araçlarına yönelik merkezi takas ve raporlama yükümlülükleri getiren 648/2012 sayılı *Avrupa Pazar Altyapısı Yönetmeliği* (EMIR) Avrupa Birliği'nde türev araçlara ilişkin halen geçerliliğini koruyan temel düzenlemeler olarak ortaya çıkmaktadır.⁶⁵

D. Amerikan Hukuku

1850'li yıllar ABD'de türev piyasalarının modern çağlardaki tarihçesinin temelini teşkil etmektedir. Özellikle 1970'lerden beri ABD,

⁶² Burak Adıgüzel, “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Sermaye Piyasası Aracı Kavramı”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2017, 3(1), s. 1 – 8, s. 2, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0039&from=EN>.

⁶³ MiFID II düzenlemesi Dodd Frank düzenlemesine paralel olarak yatırımcıların korunması ve şeffaf bir piyasa oluşturulması amacıyla yeni bir düzenleyici rol taşımaktadır (m. 24, 30, 31).

⁶⁴ 600/2014 sayılı ve 15.5.2014 tarihli MiFIR’de (markets in financial instruments and amending Regulation) MiFID II’ye ilişkin tamamlayıcı nitelikte ve finansal piyasalarda işlem yapanlar için pek çok yükümlülük ihtiva eden bir yönerge dir.

⁶⁵ EMIR, standartlaştırılmamış OTC türevlerinin CCP’ler aracılığıyla temizlenmesi ve raporlanma yükümlülüğü ile ilgilidir. MiFIR, ticaret merkezlerinde standartlaştırılmış türevlerin ticareti ile ilgilendir (Lauçius, s. 695). Avrupa Piyasa Altyapısı Yönetmeliği (EMIR), türev sözleşmeleri, dayanak varlığın veya bir varlık sepetinin fiyatındaki dalgalanmaya bağlı bir finansal sözleşme olarak tanımlamaktadır. Tezgâhüstü türev araçların oluşturduğu piyasa riskine kredi riski operasyonel riske karşı yatırımcıları korunmak için 16.8.2012’de yürürlüğe giren European Market Infrastructure Regulation (EMIR) Avrupa Komisyonu’nun EMIR finansal işlem yapan kuruluşların tüm OTC türevlerin CCP’ler nezdinde gerçekleştirilerek netleştirilmesini öngören bir düzen kurmayı amaçlamaktadır. Alman Hukukunda EMIR’ın yansımaları için bkz. Müller, N. 9.

türev sözleşmelerde inovasyonun beşiği olmuştur.⁶⁶ Bu durumun sebebi olarak bilgisayarların gelişimi ve bunların finans alanında giderek artan kullanımı ve regülasyon konusunda esnek düzenleyici rejim unsurlarının esnekliğidir. ABD, vadeli işlemler ve diğer türev sözleşmelerdeki yenilikleriyle türev piyasalarında öncü bir konumda yer almaktadır.

Günümüzde ABD’de vadeli işlem sözleşmeleri 1921 *Future Trading Act* ve 1936 yılında yürürlüğe giren *Commodity Exchange Act* (Emtia Borsaları Yasası) düzenlemesine tabi olarak işlem görmektedir. *Commodity Exchange Act* düzenlemesi, 1974’te Commodity Futures Trading Commission (CFTC), 2000 yılında *Commodity Futures Modernization Act* (CFMA) ve 2010 yılında *Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* düzenlemeleri ile oldukça kapsamlı değişikliklere uğramıştır.⁶⁷

ABD’de, vadeli işlem sözleşmelerinin ticareti konusunda gözetim ve denetim faaliyetleri özel olarak yetkilendirilmiş bağımsız bir idari otorite niteliğindeki *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC) tarafından düzenlenmektedir. Vadeli işlem sözleşmelerini denetleyici bir diğer otorite sivil bir gözetim kuruluşu olarak Kongre tarafından verilen yetkiye dayanılarak CFTC tarafından 1982 yılında oluşturulan *National Futures Association* (NFA)’dır. NFA, vadeli işlem sözleşmeleri piyasalarında katılımcıların kaydı ve yönetimi, uygulamayı ve kuralları belirleme ile gözetim, arabuluculuk ve disiplin faaliyetlerinin yönetilmesi süreçlerini yürütmektedir.⁶⁸

ABD’de Commodity Exchange Act, vadeli işlem sözleşmelerinin Emtia Vadeli İşlemler Ticaret Komisyonu’na (CFTC) kayıtlı brokerler aracılığıyla düzenlenen federal lisanslı sözleşme piyasalarında işlem

⁶⁶ ABD’de türev işlemlere ilişkin düzenleme altyapısının öncülleri altına ilişkin future işlemleri yasaklayan ve yalnızca iki hafta yürürlükte kalabilen 1864 The Anti-Gold Futures Act ve Federal Yüksek Mahkeme tarafından iptal edilen Futures Trading Act of 1921 düzenlemeleridir.

⁶⁷ ABD’de araçların ayrıntılı tarihsel gelişimi için bkz. Mark R Smith, Basic Derivatives for Oil and Gas Company, *Alberta Law Review*, 2001, 39(1), s. 152 – 179, s. 154; Sing Seng, s. 34, 37; Campbell, s. 4; Organize borsalarda işlem gören opsiyon ve vadeli işlem sözleşmeleri CFTC denetimine tabi iken, tezgâhüstü borsalarda işlem gören swap ve forward sözleşmeleri common law esaslarına tabidir (Sienko, s. 112).

⁶⁸ Campbell, s. 4; Sing Seng, s. 48; NFA hakkında daha çok bilgi için bkz. <https://www.nfa.futures.org/> NFA Resmî Web Sitesi.

görmelerini zorunlu kılınmıştır.⁶⁹ Piyasalarda işlem görecektir futures sözleşmeler CFTC'nin onayında tabidir (*Commodity Futures Trading Commission (CFTC) Act*).⁷⁰ CFTC piyasalardaki işlemleri limitlendirme ve spekülasyon faaliyetlerinin hacmini sınırlama konusunda yetkilidir. 1974 yılında kurulan CFTC bugün, ABD vadeli işlem borsalarında işlem gören tüm vadeli işlem sözleşmelerini ve seçeneklerini düzenlemektedir.⁷¹ Federal bir düzenleyici otorite olan SEC, tüm finansal spot piyasaları ve diğer tüm opsiyon piyasalarını düzenlemektedir. ABD'de sermaye piyasası araçları ve türev ürünler için kurgulanan ikili yapı ile bu iki kurum arasındaki yetki çatışmaları zaman zaman kararlara konu olmuştur.⁷²

E. İngiliz Hukuku

18. yüzyıla kadar ekonomik faaliyetler açısından Kıta Avrupası'nın oldukça gerisinde kalan İngiltere, 18. yüzyılda denizlerdeki hâkimiyeti

⁶⁹ Terblanché, s. 124; Ghouri, s. 19; Rechtschaffen, s. 167.

⁷⁰ Onay süreci, CFTC içi değerlendirmeler ve federal kayıt bildirim süreçleri sebebiyle uzun sürebilmektedir (Houthakker, Hendrik S.; "The Regulation of Financial and Other Futures Markets", *The Journal of Finance*, Vol. 37, No. 2, s. 481 - 491, s. 487).

⁷¹ Hull, s. 40.

⁷² Bkz. Roberta Romano, "The Political Dynamics of Derivative Securities Regulation" *Yale Journal on Regulation*, Spring 1997, 14 (2), s. 279 - 406; SEC, Securities Act 1933'le kurulmuştur. CFTC'nin öncülü Commodity Exchange Commission 1936 The Commodity Exchange Act düzenlemesi ile kurulmuş olup 1974'te Commodity Futures Trading Commission Act ile CFTC'ye dönüşmüştür. 1974 yılında Commodity Futures Trading Act'ın çıkarılması ile birlikte vadeli işlem piyasasındaki işlemler konusunda CFTC'ye yetki tanınmıştır. 1980'li yılların başında döviz dayalı vadeli işlem sözleşmeleri üzerine yazılı opsiyon ticaretinin denetimi konusunda SEC ve CFTC arasında yetki çatışması ortaya çıkmıştır. CFTC, dövizlerin emtia olarak değerlendirilmesi gerektiği ve Commodity Futures Trading Commission Act ile vadeli işlem piyasasındaki yetkisine dayanarak kendi denetiminde olduğunu iddia etmiştir. SEC buna, peşin piyasalardaki bir mali aracın teslimi sonucunu doğuran opsiyonların yalnızca SEC tarafından kabul edilen borsalarda işlem görmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bunun üzerine 1982 yılında çıkarılan Futures Trading Act ile SEC "bir ya da daha fazla menkul kıymeti konu alan satım, alım ve diğer opsiyonlar" ile menkul kıymet borsalarında işlem gören yabancı para üzerine yazılı bir opsiyonu konu alan herhangi bir işlem üzerinden denetim yetkisi tanınmış ve diğer bütün vadeli işlemler ve opsiyonların denetimi CFTC'de kalmıştır. Böylece Futures Options konusundaki yetki SEC'te kalmıştır (Kırca, s. 20 - 21). 1987 yılında CFTC'den tam izin alan future opsiyon sözleşmeler, çok hızlı bir gelişme göstermişlerdir (Hull, s. 383).

ile önemli bir emtia ticaret merkezi olmuş ve bu durum Amsterdam Borsası'ndaki türev bilgisinin İngiltere'ye aktarılmasına imkân tanımıştır.⁷³ 1711'de İngiltere'de Güney Amerika'daki kolonilerle ticaret yapma hakkına sahip olarak anonim şirket olarak kurulan *South Sea Company* hisseleri büyük kâr getireceği beklentisi ile bir spekülasyona sebep olmuştur.⁷⁴ Hisse senetlerinde meydana gelen spekülatif hareketler neticesinde, açığa satış olarak adlandırılan şirket hisselerinin kısa vadede daha ucuza geri alınması için satışa sunulmasına imkân tanıyan açığa satış işlemleri “balon” olarak isimlendirilmiş ve bu durumun sonucunda, uzun tartışmalardan sonra Parlamento hisse senetlerinde opsiyonları ve hisselerin açığa satışını yasaklayan *Sir John Bernard Yasası*'nı 1733 yılında kabul etmiştir.⁷⁵ Opsiyonlara yönelik bu yasak 1929 Büyük Buhranı ve İkinci Dünya Savaşı döneminde kısa sürelerde geçerli olsa da İngiltere'de tezgâhüstü opsiyon piyasaları devamlılığını sürdürmüştür.⁷⁶

ABD'de 1936 *Commodity Exchange Act*'ın getirdiği emtia ticareti yasağı bu işlemlerin İngiltere piyasalarına kaymasına sebep olmuş ve yasağın kalktığı 1981 yılına kadar İngiltere'de emtia opsiyonları piyasası oldukça gelişmiştir.⁷⁷ Bahse dayalı sözleşmeleri hukuka aykırı kılan temel bir düzenleme olan 1845 *Gambling Act* düzenlemesi sebebiyle, 1980'lere kadar ABD ve Birleşik Krallık'ın en büyük türev piyasaları, esas olarak teamüllere dayanan bir sistem ile düzenlenmekteydi.⁷⁸

⁷³ Weber, s. 445 - 446.

⁷⁴ Weber, s. 446; Sezil Durmuş, *Borsa Opsiyon Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 11.*

⁷⁵ Daha fazla bilgi için bkz. Kummer/Pauletto, s. 10; Kırca, s. 13; Weber, s. 445 - 446; Durmuş, s. 11.

Weber, s. 447; Kırca, s. 13; Kim Oosterlinck, *History of Forward Contracts (Historical Evidence for Forward Contracts)*, The New Palgrave Dictionary of Economics. Palgrave Macmillan, London 2009, s. 2.

⁷⁶ Kırca, s. 13; Oosterlinck, s. 2.

⁷⁷ Kırca, s. 14.

⁷⁸ Laucius, s. 683; Ghouri, s. 18; Ross George H. “The Legality of Trading in Futures”, *Canadian Bar Review*, 10(2), s. 75 - 86, s. 81; Chen, Christopher Chao-hung; “Dividing hedging and Gambling: Legal implications of derivative instruments”, *Research Collection School Of Law*, 2006, 1(1), s. 1 - 7, s. 1; Bu yasanın ilk maddesinde bu tür kontratlardan doğan borçların hukuk düzenince talep edilebilir olmadığı (*unenforceable*) düzenlenmekteydi. 1845 tarihli *Gambling Act*'in eski 18. bölümü uyarınca bir sözleşmenin uygulanamaz olup olmadığını belirlemek için, her iki tarafın da kumar veya bahis oynama niyetinde olması gerekmektedir (Ross, s. 81; Chen, s. 6).

Birleşik Krallık Parlamentosu, tüm türevleri (sadece spekülative olanlar dâhil) yasal olarak uygulanabilir kılan 1986 *Financial Services Act* (Finansal Hizmetler Yasasını) kabul etti.⁷⁹ Bu düzenlemenin 63. maddesi ile, taraflardan en az birinin sözleşmeye meşru ticari amaçlarla girmesi halinde türev sözleşmenin geçersiz olmayacağı hükmü getirilmiştir.⁸⁰

Bu düzenlemeyi izleyen *Financial Services and Markets Act 2000* düzenlemesinin 412. bölümünde de bu yaklaşım muhafaza edilmiştir.⁸¹ 2005 yılında yürürlüğe giren *Gaming Act* düzenlemesiyle, türev araçlara ilişkin kumar itirazı riski ciddi anlamda ortadan kaldırılmıştır.⁸²

İngiliz Hukukunda türevler konusunda modern anlamda en kapsamlı değişikliklere *Financial Services and Markets Act (FSMA)* düzenlemesinde yer verilmiştir.⁸³ Bu düzenleme ile *Financial Services Authority*, tüm finansal alanı inceleme konusunda yetkili kılınmıştır. 2008 sonrası dönemde Avrupa'daki EMIR düzenlemesine paralel olarak 2012 yılında FSMA'da reforma yer verilmiştir.⁸⁴

İngiliz Hukukunda türev araç türleri de dâhil olmak üzere pek çok ayırım MiFID II düzenlemesine paralel olarak düzenlenmektedir (313D *Interpretation of Part 18A*). Birleşik Krallık'ta türev işlem yapanların *Financial Services Authority (FSA)* tarafından lisanslanması ve düzenlemelerde belirtilen yükümlülükler uygun olarak hareket etmesi

⁷⁹ Terblanché, s. 123; Laucius, s. 683; Bu yasaya kadar dönemde öncelikle *Morgan Grenfell* davasında, türev sözleşmenin spekülative amaç taşımadığı takdirde hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir. *In City Index v. Leslie* davasında spekülative faaliyetler ticari faaliyetler içinde olduğu takdirde hukuka uygun nitelik taşıdığı kabul edilmiştir (Ghoury, s. 19).

⁸⁰ Düzenlemeye erişim için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/60/contents/enacted>; Chen, s. 3.

⁸¹ Düzenlemeye erişim için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/section/412>; Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu (FSMA) amaçlarından biri, tüketicilerin korunması ve yatırım işlemlerinden doğan risk olgusunun tüketicilere bildirilmesidir (Işık, s. 52).

⁸² Sing Seng, s. 33; Chen, bu konuda, esnek olan yeni düzenlemenin hukuki bir risk olarak kumar itirazı riskini ortadan kaldırmadığını ifade etmektedir (Chen, *Dividing hedging and gambling*, s. 8).

⁸³ Düzenlemeye erişim için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/contents>

⁸⁴ Ligia Catherine Arias - Barrera, *Regulation and Supervision of the OTC Derivatives Market*, Routledge 2018, s. 14 - 15.

gerekmektedir. FSA, aynı zamanda piyasada işlem gören türevlerin düzenlenmesi görevini yürütmektedir.⁸⁵

III. TÜREV SÖZLEŞMELER HUKUKU

Türev sözleşmeler hukukunu⁸⁶ basit ve kapsayıcı bir tanım içerisinde ele almak istersek, türev sözleşmelerin hukuki niteliğini, tarafların sözleşme ilişkileri ve düzenleyici otoriteler ile ilişkilerini ele alan hukuk alanı olarak tanımlayabiliriz.

Türev sözleşmelerin gelişim serencamı çerçevesinde, türev sözleşmeler hukuku⁸⁷ da ilk dönemlerinde sözleşme serbestisinin ege-men olduğu, bu serbestinin yarattığı olumsuz sonuçlar çerçevesinde farklı yönleri ile regülatif faaliyetlere tabi kılınmış bir hukuk alanıdır. Bu durumdan kaynaklı olarak farklı hukuk alanları ile doğrudan bir ilişki içerisinde. Türev sözleşmeler hukuku, sözleşmeler hukuku temeline dayanmakla birlikte, aynı zamanda ticaret hukuku, sermaye piyasası hukuku, icra-ıflâs hukuku, vergi hukuku ve kanunlar ihtilafı noktasında milletlerarası özel hukuku gibi alanlarla doğrudan ilişkilidir.

A. Türev Sözleşmeler Hukukunun Kapsamı

Türev sözleşmeler hukuku, türev sözleşmelere ilişkin düzenlemelerin tamamını içine alır. Türev sözleşmeler hukukunun inceleme alanı

⁸⁵ Tereblanche, s. 121 - 122.

⁸⁶ Uluslararası literatürde ve ders programlarında türev sözleşmeler hukuku için İngilizce karşılığı "derivatives law" ifadesi kullanılmaktadır. Buna ek olarak, vadeli işlem sözleşmelerinin etkin olduğu türev piyasaları vurgulamak üzere "futures and derivatives law" ifadesi de kullanılmaktadır.

⁸⁷ Türev sözleşmeler, farklı varyasyonları ve birbirleri üzerine kurulan yeni türleri piyasalarda sıklıkla işlem görmeleri açısından kategorik bir nitelik taşımaktadır. Her türev araç kendi özgü spesifik özellikleri ile farklı hak ve yükümlülükler içermektedir. Diğer yandan türevlerin kullandığı dayanak varlık konuları da (elektrik, sigorta, hava durumu, kredi türevleri gibi) çeşitlenerek, tür sayısını oldukça arttırmıştır. Biz de İngilizce kullanımına paralel şekilde bu hukuk alanını Türev Sözleşmeler Hukuku olarak adlandırmayı uygun gördük. Bu hukuk dalını alt dallara ayrılması konusunda, finansal piyasalardaki ve emtia piyasalarındaki türev sözleşmelerin amaç ve tabi olduğu kuralların farklılık arz etmesi sebebiyle "finansal türev sözleşmeler hukuku" ve "emtia türev sözleşmeleri hukuku" şeklinde ayırım ile ele alınmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

farklı boyutlarda ele alınabilir. İlk etapta, sözleşme hukuku açısından taraflar arasındaki türev sözleşmelerin hukuki niteliği, tarafların karşılıklı yükümlülükleri ve borçları, türev sözleşmelerin özellikleri gibi konuların incelenmesi türev sözleşmeler hukukunun başlıca konusunu teşkil eder.

Türev piyasalar; piyasa otoriteleri, sermaye piyasası otoriteleri, bankacılık otoriteleri ve devletin diğer otoritelerinin müdahalesine konu bir alandır. Kamu otoriteleri, türev işlemlere ilişkin raporlama, bildirme yükümlülükleri öngörebilir ya da taraflar için sermaye kısıtları ve izin ruhsat bulunmasını talep edebilir. Özellikle türev sözleşmelere ilişkin düzenlemelere yer verilen Basel Standartları bu konuda bankalar ve finansal kuruluşlar açısından önem taşır.⁸⁸

Üçüncü etapta, türev sözleşmelere taraf olan finansal tüketicilerin ve küçük yatırımcıların korunması amacıyla işlem yapmak için belli yeterlilikler ve aydınlatma yükümlülükleri öngörülebilmektedir.⁸⁹ Bu yükümlülükler türev sözleşmelerde taraflara aracılık eden aracı kurumlara yüklenmektedir.

Bu açıklamalar ışığında, türev sözleşmeler hukuku aşağıdaki ilişkilerin hukuki boyutunu inceler:

- Türev sözleşmenin tarafları arasındaki ilişki,⁹⁰

⁸⁸ Basel standartları, finansal istikrarı artırmak için uluslararası arenada bankaların düzenleme, denetim ve uygulamalarını güçlendirmesi ve üye ülkeler arasında tutarlı ve karşılaştırılabilir bir bankacılık düzenleme çerçevesi oluşturmayı amaçlayan kuralları ifade etmektedir. Dodd Frank Yasası, türevlerle işlem yapan bankalar için sermaye gerekliliklerini çeşitli teknik kurallara bağlayan Basel III Standartlarını da yansıtmıştır. Basel Bankacılık Denetim Komitesi'nce 2010'da açıklanan Basel III, Dodd Frank ve EMIR ile paralellik arz etmekte olup 1.1.2013'ten itibaren kademeli olarak yürürlüğe girmiştir (Erkan Eren, Türk Hukukunda Merkezi Takas Kuruluşları, Merkezi Karşı Taraf Uygulaması ve Tezgâh Üstü Türev Araçların Merkezi Takası, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 253).

⁸⁹ Kanaatimize göre bu türev sözleşmelerden ziyade küçük yatırımcıların korunması hukuku olarak da adlandırılabilen alanın konusudur. Sermaye piyasaları ile tüketici hukukunun kesişiminde yer alan bu alanda türev sözleşmeler sistemin en korumasız ve en fazla risk içeren alanı olarak ortaya çıkmaktadır.

⁹⁰ Organize piyasalarda, merkezi karşı taraf kuruluşu hizmeti veren takas odası ile piyasa üyesi, tezgâhüstü piyasalarda doğrudan taraflar arasındaki ilişkiler türev sözleşmenin kendisini oluşturmakta olup karşılıklı yükümlülükler, teminat usulleri ile temerrüt durumunda izlenecek bedeller bu kapsamda incelenmektedir.

- Türev piyasalarda faaliyet gösteren piyasa katılımcıları ile kamu/ piyasa otoriteleri arasındaki ilişki,⁹¹
- Türev piyasalarda faaliyet gösteren piyasa katılımcıları ile aracılık ettikleri 3. kişiler arasındaki ilişki.⁹²

⁹¹ Türev piyasalarda piyasa katılımcılarının işlem yapma lisans ve izin usulleri, aracı kurumların kuruluşu, raporlama, kayıt tutma ve bilgilendirme yükümlülükleri bu kapsamdadır. Türev borsaların sorumluluğuna ilişkin çalışmalar; Gülşah Yılmaz, Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası ile Borsanın Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınları, Yıl: 2012.; Olcay Işık, "Hukuki Açıdan Borsa ve Borsa Türleri", *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.: 2012/1, s. 215 - 258. Türev piyasalar, finansal okuryazarlık açısından oldukça karmaşıktır ve finansal piyasalar için ve ülke ekonomisi açısından ciddi olumsuz sonuçlara yol açabilir. Kamu otoriteleri, sağlıklı ve etkin bir piyasa sistemi kurmakla mükellef aynı zamanda hem taraflar için hem de piyasanın geneli için riskleri bertaraf edecek düzenlemeler kurmak zorundadır. Türev araçların alım satımının düzenlenmesi, tüm tarafların hukuki hak ve menfaatlerinin korunması, piyasa düzeninin ve kamu yararının korunması, türev piyasasının ülke ekonomisine hizmet edecek şekilde geliştirilmesinin teşvik edilmesi, finansal risklerin önlenmesi gibi yükümlülükleri taşımaktadır. Aynı zamanda ulusal ekonominin güvenliğinin, özellikle tarımsal alandaki arz güvenliğinin sağlanması gibi konulara türev sözleşmelere ilişkin olarak kamu otoritelerinin ve devletin başlıca sorumluluğundadır. Bu alanda devletin bu konudaki otoriteleri farklı hukuk alanlarında, sermaye piyasası otoritesi, merkez bankası, bakanlıklar ya da özel olarak türev piyasaları denetleme üniteleri olabilir.

⁹² Yatırımcıların gerçekleştirilecek işlemler konusunda bilgilendirilmesi, küçük yatırımcıların korunmasına ilişkin yükümlülükler, taraflar arasındaki ilişkiden kaynaklı karşılıklı hak ve borçlar, tüketici hukukundan kaynaklı yükümlülükler bu kapsamda incelemeye konu edinmektedir. Bu konuda literatürde önemli sayıda çalışma bulunmaktadır. Bu çalışmalardan bazıları, Faruk Acar, "Sermaye Piyasası Hukukunda Aracılık Faaliyeti ve Aracılık Yüklenim Sözleşmesi", Prof. Dr. Vecdi Aral'a Armağan, Kocaeli 2001, s. 317 - 336; Ayşe Nur Berzek, "Sermaye Piyasasında Aracılık Faaliyeti", Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995, s. 51 - 63; Nusret Çetin /Ebru Töremiş, "Menkul Kıymet Borsalarında Alım Satım Aracılık Faaliyeti Kapsamında Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2008, C.: XII, S.: 1 - 2, s. 77 - 102; Sefa Er, "Türev Araç Alım Satımına Aracılık Sözleşmelerinde Görevli Mahkemenin Belirlenmesi", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2023, 9(2), s. 233 - 253; Ceyhun Yaşar Halıcı, Türk Hukukunda Borsa Opsiyon Sözleşmelerinde Müşteri ile Borsa Üyesi Arası Hukuki İlişkiler, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018; Mehmet Murat İnceoğlu, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ocak 2004; Çağlar Manavgat, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Nisan 1991; Yusuf Ziyaeddin Sönmez, Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1999; Ayşe Sumer, "Aracı Kurumların Meslek Kurallarına Aykırı İşlemleri

B. Türev Sözleşmeler Hukukunun Kaynakları

Türev sözleşmeler hukukunun bir hukuk dalı olarak asli ve yardımcı (tali/ikincil) kaynaklarının belirlenmesine yönelik bir çalışma için dünyadaki durumu ele almak gerekmektedir.

Türev sözleşmelere ilişkin olarak dünya çapında etkili bir uluslararası anlaşmaya yönelik bir kamuoyu henüz oluşmamıştır. Bu kapsamda asli kaynak olarak kabul edilecek nitelikte uluslararası nitelikte bir anlaşma bulunmamaktadır. 24 - 25 Eylül 2009'da düzenlenen G-20 Pittsburg Liderler Zirvesinde, 2008 Küresel Krizinin etkisiyle, finansal piyasalardaki risklerin kontrol altına alınmasına ve tezgâhüstü türev piyasalarının iyileştirilmesine yönelik karar alınmıştır.⁹³ Bu amaçla standartlaştırılmış tezgâhüstü türev sözleşmelerinin, borsalarda ve elektronik işlem platformlarında işlem görmesi, merkezi takas kuruluşu aracılığıyla yapılması ve yüksek sermaye yeterlilik oranlarına tabi kılınması ve raporlanması, türev piyasalarda şeffaflığı artırarak sistemik riskin azaltılması hedeflenmiştir.⁹⁴ Bu kararlar doğrultusunda ABD'de *Dodd Frank Act* Düzenlemesi, ABD'de EMIR ve MiFID II düzenlemeleri oluşturularak yürürlüğe girmiştir. Bu düzenlemeler ulusal hukuk sistemleri için asli kaynak niteliği taşımaktadır. Dünyada türev işlemlerin bu ülkeler üzerinde gerçekleştiği ve etki alanlarının büyüklüğü göz önüne alındığında, ulusal ve uluslararası nitelikteki bu tip düzenlemelerin asli kaynak olarak nitelendirilebileceği kanaatindeyiz.

Ulusal bazda bakıldığında, türev sözleşmelere ilişkin olarak düzenlemelerin sermaye piyasası kanunlarında yer aldığı görülmektedir. Türev ürünler bir sermaye piyasası ürünü olarak değerlendirildiğinden, bir sermaye piyasası aracı olarak değerlendirilmekte ve sermaye

ve Sonuçları", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, Birinci Cilt, s. 671 - 696; Reha Tanör, Türk Sermaye Piyasası: Taraflar, Beta Basım, İstanbul, 1999; Yasaman Hamdi, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul, 1992.

⁹³ Türev ürünlere ilişkin düzenleme patlaması 2008 krizi sonrası meydana gelmekle birlikte, bu dönem öncesinde ABD'de CEA, CFMA, SEC gibi düzenlemeler eşliğinde bir düzenleme altyapısı bulunmaktaydı. Buna karşılık AB'de MiFID düzenlemesinde türev ürünlere ilişkin önemli bir düzenleme olarak esas teşkil etmekteydi.

⁹⁴ Pittsburg Zirvesi Liderler Bildirgesi, 24-25 Eylül 2009 Erişim: <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2018/11/9.-Leaders-Summit-Pittsburgh-September-24-25-2009-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri.pdf>

piyasası kanunları içinde ve sermaye piyasası hukuku içerisinde ele alınmaktadır. Peki, bu düzenleme anlayışı türev araçları ele almak bakımından yeterli midir? Türev piyasası ürünleri, inanılmaz çeşitlilikte ve sürekli gelişen bir yapıya sahiptir. Bu durumdan hareketle, türev araçlar konularını tarım ve hayvancılıktan kripto varlıklara kadar çok değişik temelde alabilmektedirler. Bu nedenle türev araçların dayanak varlıklarının tabi olduğu düzenlemeler de türev araçlarda etkili olmaktadır. Bu durum zaman içerisinde genişleyerek türev araçlar için ayrı müstakil düzenlemeler yapılması sonucunu doğurmuştur. Çin’de⁹⁵, Nepal’de⁹⁶, Azerbaycan’da⁹⁷ özel türev sözleşmeler düzenlemeleri yer almıştır. Bu konudaki bir diğer ayrışma türev araçların finansal okuryazarlık ve taraflar üzerindeki risk yükü açısından diğer sözleşmelere nazaran çok daha etkili niteliklere sahip olmalarıdır. Nitekim türev araçlar kaldıraçlı olarak yapılabilir ve ABD gibi ülke düzen-

⁹⁵ Frank Qu, Miffy Zhang, Vicky Wang; “Six Highlights of Futures and Derivatives Law”, Dentons, May 2022; Çin Halk Cumhuriyeti’nde 2022 yılında, 1.8.2022’den itibaren yürürlüğe girmek üzere 111 numaralı Vadeli İşlemeler ve Türev Yasası yürürlüğe konmuştur. Oldukça ayrıntılı olan bu düzenlemede, türev sözleşmelerin işlem görmede, işlem yapılabilecek kişi ve birlikler, ilgili kuruluşlar takas ve mutabakat süreçleri yer almaktadır. Kanun metni için bkz. <https://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=38061&lib=law>, Vadeli İşlem ve Türev Ürünler Kanunu, sadece vadeli işlem piyasasını düzenlememekte, aynı zamanda türev piyasasını tamamını kapsamaktadır. Türev işlemlerini de ilk kez mevzuat düzeyinde tanımlayarak türev işlemleri yasal düzenleme kapsamına almıştır. Bununla birlikte, uluslararası piyasalarda sıklıkça kullanılan Master Agreement, Close-out Netting ve merkezi takas sistemi gibi türev sözleşmelere ilişkin temel kavramların Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Kanunu ile çelişebileceği gerekçesiyle bu düzenlemede yer almamıştır.

⁹⁶ Nepal Türev Düzenlemesi için daha fazla bilgi için bkz. Amrit Kharel, “An Appraisal of Commodity Derivatives Market Law in Nepal”, Securities Board of Nepal Silver Jubilee Publication 2018, SEBON, Lalitpur, Nepal, 2018, s. 237 – 252.

⁹⁷ Türev sözleşmelerin kanun tarafından tanımlandığı bir örnek Azerbaycan Medeni Kanunu m. 403.1 hükmünde yer almaktadır. Maddede altı fıkra halinde türev araçların tanımına yer verilmiştir. Düzenlemede finansal türev araçlar; dayanak varlık olarak belirlenen menkul kıymetler, para birimleri, faiz oranları, getiriler, üretim finansal aracı, emtia, finansal endeks, kredi riski vb. unsurlardan herhangi birinin satın alma, satma veya takas etme hakkını kanıtlayan bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Finansal türev araçlar olarak vadeli işlem sözleşmeleri, opsiyonlar ve swaplara yer verilerek bu araçların tanımlarına yer verilmiştir. Azerbaycan’da 1990’lı yıllardan bu yöne türev araçların gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ulvia Zeynalova-Bockin; “Derivatives Regulation in Azerbaijan”, Futures and Derivatives Law Report, Thomson Reuters, March 2016, 36(3), s. 1 – 6.

lemelerinde yarattıkları riskler nedeniyle icra iflâs düzenlemelerinde özel hükümlere tabi kılınmışlardır.⁹⁸

Türev sözleşmeler hukukunun yardımcı, bağlayıcı olmayan kaynaklarını ele aldığımızda, dünya türev sözleşmelerinin başlıca aktörleri arasında yapılan sözleşmelerde ISDA, IMF ve IOSCO⁹⁹ gibi finans sektörü kuruluşlarının bir araya gelerek oluşturdukları oluşumların ortaya koyduğu uygulamalar, çalışma notları ve standart sözleşmeleri sayabiliriz. Bu kuruluşlar türev piyasalarında örf ve âdet hukuku seviyesinde bir uygulama pratiği yaratmaktadırlar. Bu birikim neticesinde türev sözleşmelere ilişkin uyumsuzlukları ele almak üzere tahkim usulüne benzer şekilde farklı uygulamalar geliştirilmiştir¹⁰⁰.

⁹⁸ Netleştirme alacakları konusunda türevleri istisna kılan hükümleri için bkz. Financial Netting Improvements Act Of 2006 <https://www.congress.gov/109/plaws/publ390/PLAW-109publ390.pdf>, daha fazla bilgi için bkz. Schwarcz Steven L./Sharon Ori, "The Bankruptcy-Law Safe Harbor for Derivatives: A Path-Dependence Analysis", *Washington & Lee Law Review*, 2014, 71, s. 1715 - 1755.

⁹⁹ Türev piyasalarının gözetiminde küresel olarak tutarlı bir yaklaşım sağlamak amacıyla, Uluslararası Menkul Kıymetler Komisyonları Örgütü (IOSCO), emtia türev piyasalarının düzenlenmesi ve denetlenmesine yönelik beş farklı ilke seti oluşturmuştur. IOSCO Uluslararası Menkul Kıymet Komisyonları Organizasyonu'nun (IOSCO) Teknik Komitesi tarafından belirlenen ilkeler, etkili denetim sağlamayı, piyasa manipülasyonu ile mücadele etmeyi ve fiyat şeffaflığını geliştirmeyi amaçlamaktadır. Emtia türev piyasalarının düzenlenmesi ve denetlenmesine ilişkin IOSCO aracılığıyla oluşturulan uluslararası ilkeler, diğerlerinin yanı sıra beş ana alanı kapsamaktadır: i) Sözleşme tasarımına ilişkin ilkeler; ii) Emtia türev piyasalarının gözetimine ilişkin esaslar; iii) Düzensiz emtia türev piyasasına yönelik ilkeler; iv) Uygulama ve bilgi paylaşımına ilişkin ilkeler ve v) Emtia türev piyasasında fiyat keşfinin geliştirilmesine yönelik ilkeler. IOSCO'nun 2011 yılından beri güncelleyerek genişlettiği Principles for the Regulation and Supervision of Commodity Derivatives Markets Final Dokümanının son hali için bkz. <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD726.pdf>.

¹⁰⁰ ISDA, finansal düzenlemelere ilişkin çalışma gruplarının yanı sıra taraflar arasındaki uyumsuzluklara çözüm getirmek üzere çalışan komiteler de meydana getirmiştir. Bunlardan biri kredi türevlerinde kredi olayının gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamak üzere kurulan Credit Derivatives Determination Committees' dir. (CDDS).

IV. TÜREV SÖZLEŞMELER HUKUKUNUN HUKUK DALLARI İÇERİSİNDEKİ KONUMU

A. Türev Sözleşmeler Hukukunun Bağımsızlığı Sorunu

Dünyadaki türev sözleşmeler düzenlemelerinin tabi olduğu rejimler ele alındığında, genel yaklaşımın türev sözleşmelerin bir sermaye piyasası aracı olarak değerlendirildiği, sermaye piyasası otoritelerinin müdahalelerine açık olduğu ve sermaye piyasası hukuku düzenlemeleri içinde ele alındığı dikkate çarpmaktadır.¹⁰¹ Türev sözleşmelere ilişkin uyumsuzluk çözümünün sermaye piyasası otoritesi tarafından belirlenen özel uyumsuzluk çözüm mekanizmaları içerisinde sağlanması da bu duruma delalettir. Bu genel kanı türev sözleşmeler hukukunun sermaye piyasası hukukunun bir alt dalı olarak ele alınabileceği sonucunu doğurmaktadır. Bu konuda bir diğer yaklaşım, türev sözleşmeler hukukunun, menkul kıymetler hukuku gibi kamu hukuku nüfuzu taşıdığı ve finans hukukunun bir alt dalı olduğu değerlendirilmesidir.¹⁰² 90'lı yıllara kadar türev sözleşmelerin tıpkı menkul kıymetler gibi alım satıma konu olduğu düşüncesi ile bir menkul kıymet olarak değerlendirilmekteydi.¹⁰³ Ancak türev sözleşmeler de alım satıma konu olmakla birlikte taraflar sözleşmede karşı tarafa karşı hak ve yükümlülük altına girerek sözleşmeye taraf olmaktadır. Bu durum türev sözleşmelere menkul kıymetlerden farklı özellikler kazandırmaktadır.

¹⁰¹ Benzer şekilde menkul kıymetler hukuku içerisinde ele alan yaklaşım için bkz. Proshunin, s. 536.

¹⁰² Proshunin, s. 537.

¹⁰³ 2499 sayılı mülga SPK'nın m. 3(b) hükmünde sermaye piyasası araçları menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçları şeklinde ikili bir ayırım tercih edilmekteydi. 6362 sayılı SPK ile daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilerek menkul kıymet olmadığı ortaya konmuştur. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Köroğlu, s. 46; Akçaoğlu, s. 63; Ali Paslı, "Türk Hukukunda Menkul Kıymet Kavramı", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul, 2007, Cilt II, s. 1515 - 1575., s. 1566, dp. 122. Türevlerin menkul kıymet olarak kabul edildiği hukuk düzenleri de bulunmaktadır. Vadeli işlem sözleşmeleri ve opsiyonların menkul kıymet niteliği taşıdıklarını kabul edildiği Kanada'nın Alberta Federal Eyaleti uygulaması için bkz. Smith, s. 165 vd. Benzer bir yaklaşım türev sözleşmelerin kıymetli evrak olarak değerlendirilmesi noktasında ortaya çıkmakla birlikte, literatürde bu durum reddedilmiştir. Bkz. Doğan Pınar Bahar, "Vadeli İşlem Sözleşmelerinin Kıymetli Evrak Olarak Değerlendirilmesi Sorunu", *Terazi Hukuk Dergisi*, Kasım 2008, 27, s. 37 - 42.

Türev sözleşmeler hukukunu bir alt hukuk dalı olarak nitelendirmeye yönelik bu varsayımların pek çok noktayı açıkta bıraktığını kabul etmek gerekir. Öncelikle finansal kuruluşlar arasında tezgâhüstü piyasalarda kurulan türev sözleşmelerin var olması bu alana sadece organize piyasalarda işlem gören türev sözleşmelerin tabi olduğu kuralların ötesine taşıyarak bir hukuk alanı etkisi kazandırmaktadır. Diğer yandan bankacılık düzenlemelerinin ve küçük yatırımcıları koruma düzenlemelerinin türev sözleşmeler üzerinde doğrudan farklı etkiler doğurabilmesi de bu alanın müstakil bir hukuk dalı olarak nitelendirilmesi sonucu doğurmaktadır. Benzer şekilde tarım ürünlerinden başlayarak iklim değişikliklerine kadar geniş bir skalada spesifik dayanak varlıklarına dayalı sözleşmelerin bulunması sözleşmelerin farklı otoritelere ve düzenlenmelere tabi kılınması sonucunu doğurmuştur.¹⁰⁴ Bu konuda bir diğer dikkat çekilmesi gereken konu türev sözleşmelerin düzenlenmesi, niteliği, ilişkilerin niteliği gibi pek çok konuda çalışmalar yaratan uluslararası organizasyonların kurulmuş olmasıdır. Bu organizasyonlar tarafından ortaya konulan standart çerçeve türev sözleşmelerin oluşturulması ile düzenlemelerin geliştirilmesi, katılımcıların öngörülen etik standartlara uyumu, piyasaların etkinliğine ilişkin teşvikler, aracı kurumların müşterilerin çıkarlarını korumaları bu alana bilgi birikimi ve amaç katmaktadır. Türev sözleşmeler hukukunu sermaye piyasasının altında bir hukuk alt alanı olarak değerlendiren genel yaklaşımın, türev sözleşmeler ekosistemindeki unsurları tam olarak karşılamadığı, bu nedenle türev sözleşmeler hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu sözleşmelerin ayrı bir düzenleme çerçevesinde spesifik olarak düzenlenmemiş olması, ulusal hukuk sistemlerinde birer sermaye piyasası aracı olarak değerlendirilmelerinin türev sözleşmeler hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak ele alınması önünde engel teşkil etmeyeceği kanısındayız.

Pozitif hukukta da bu sözleşmelerin özelliklerinden ötürü farklı değerlendirmelere tabi kılınması gerekliliği doğmuştur. Bu sözleşme-

¹⁰⁴ Örneğin 1958 yılında ABD’de dönemin popüler mısır vadeli işlem sözleşmeleri kullanımında düşüşe sebep olmaları ve manipülatif faaliyetler ile ters etki yaratmaları sebebiyle, soğan vadeli işlem sözleşmelerinin dayanak varlık olarak ele alınması geçerliliğini halen sürdüren Onion Futures Act düzenlemesi ile yasak kılınmıştır.

lerin temelindeki dayanak varlıkların spot piyasasına olan etkiler, bu işlemlere taraf olan katılımcıların finansal sistem üzerindeki makro ihtiyati risklere karşı önlem alınması ve regüle edilmesi gerekliliğini doğurmuştur. Nitekim ABD’de Emtia Vadeli İşlem Sözleşmeleri Otoritesinin (Commodity Futures Trading Commission) varlığı ve ayrı bir içtihadının olması bu durumun başarılı bir somut örneğini teşkil etmektedir. Bu noktada türev sözleşmelerinin yapıları gereği yalnızca sermaye piyasası hukuku sınırları içinde düzenlenemeyeceği konusu bir gerçek olarak ortaya çıkmaktadır. Sermaye yeterlilikleri, risk, dayanak varlık, sözleşme yapıları açısından ayrı ve müstakil bir alan olarak belirlenmektedir. Nitekim türev sözleşmelerle ilişkin ikincil düzenleme niteliğindeki yönetmeliklerin ve tüzüklerin de bu alana özgülenmiş spesifik düzenlemeler oldukları göze çarpmaktadır.

Türev sözleşme türleri özellikle dayanak varlığın özelliklerine göre farklılaşan sınırsız sayıda sözleşme türünü içeren kategorik sözleşmelerdir. Günümüzde 1200’ü geçtiği bilinen türev sözleşme türlerinin her biri kendi içerisinde farklılık arz etmekle birlikte, bunların incelenmesi de türev sözleşme kategorisine ilişkin genel bir bilgi gereksinimi getirmektedir. Türev sözleşmelerin emir eşleşmelerinin ve sözleşme kuruluşlarının farklılığı, merkezi karşı taraf kuruluşları, aracı kurumlar, müşterilerin bilgilendirilme ve risk açısından sınıflandırılma zorunlulukları, bazı yetki alanlarında finansal ve emtia türev sözleşmelerin sınıflandırılması gerekliliği gibi özel ve kamu hukukundan kaynaklı gereklilikler, bu hukuk alanının ayrı bir disipline sahip olduğu gerçeğini de ortaya koymaktadır. Nitekim dünyada özellikle ABD’de bu sözleşmelere ilişkin ayrı bir içtihat hukukunun geliştirildiği¹⁰⁵, uluslararası organizasyonlar tarafından standart nitelikli sözleşme olarak çeşitli çerçeve sözleşmelerin yaratılmasının bu alanı farklılaştırdığını ve özellikli kıldığını kabul etmek gerekir. Yine aynı şekilde tezgâhüstü piyasalarda da farklı kamu ve özel hukuku kaynaklı yükümlülükler de söz konusudur.

Türev sözleşmelere ilişkin uluslararası hukuk literatüründe, türev sözleşmeler farklı yönlerden incelenmiştir. Farklı hukuk alanların-

¹⁰⁵ CFTC’nin sorunlara ilişkin görüşleri için bkz. <https://www.cftc.gov/LawRegulation/OpinionsAdjudicatoryOrders/index.htm>; ISDA’nın görüş notları için bkz. <https://www.isda.org/category/opinions/>.

da, türev sözleşmeleri bir hukuk disiplini olarak ele alan çalışmalar ABD’de ve AB’de kaleme alınmıştır¹⁰⁶. Türk hukuk literatüründe türev sözleşmeler hukuku bağımsız bir hukuk dalı olarak değerlendirilmemekle birlikte, son yirmi yıllık süreçte bu alanda pek çok çalışma kaleme alınmıştır¹⁰⁷.

Bu açıklamalardan hareketle türev sözleşmeleri yalnızca bir borçlar hukuku, ticaret hukuku, sermaye piyasası hukuku kesişiminde yer alan bir sözleşme kategorisi olarak değerlendirmek de bu sözleşmelerin incelenmesi ve yorumlanması noktasında başarılı olmayacaktır. Nitekim bu sözleşmeler borsada işlem görebilmekte, soyut bir dayanak varlığına dayandığı takdirde sözleşmenin edimleri değişebilmekte ve türev sözleşme türleri sui generis özelliklere sahip olabilmektedir.

Türev Sözleşmeler Hukuku alanındaki dünyadaki çalışmalar ele alındığında çalışmaların;

- Türev sözleşmelere taraf olan kişi veya kuruluşlar ile aracı kurum ilişkileri,
- Türev sözleşmelerin hukuki niteliği¹⁰⁸,
- Türev sözleşmelerin özellikleri ve bir finansal mühendislik parçası olarak türev sözleşmelerin kurgulanması,
- Türev sözleşmelerin vergilendirilmesi¹⁰⁹,

¹⁰⁶ Campbell, s. 1; Dünyada türev araçlar hukukuna ilişkin ABD ve Avrupa’da 90’lı yıllardan itibaren bir atılım olduğu dikkat çekmektedir. Ülkemizde bu konular-
daki çalışmalar 90’lı yılların sonları ile başlamıştır. Uluslararası literatürde türev
sözleşmeler hukukunu bir disiplin olarak ele başvuru kitaplarından bazıları şun-
lardır: Gary E. Kalbaugh, *Derivatives Law and Regulation*, Carolina Academic
Press 2021; Hudson Alastair, *The Law on Financial Derivatives*, Sweet and Max-
well Ltd, London, 2017; Rasiah Gengatharen, *Derivatives Law and Regulation*,
Wolters Kluwer, 2002; Philip McBride/Thomas Lee Hazen, *Derivatives Regulati-
on*, Wolters Kluwer 2004; Günter Reiner, *Derivative Finanzinstrumente im Recht*,
1. Aufgabe, Nomos Verlagsgesellschaft mbH. 2002. Türev sözleşmeler hukukuna
ilişkin bir diğer önemli kaynak, Thomas Reuters tarafından yayımlanan *Futures
and Derivatives Law Report* süreli yayınıdır.

¹⁰⁷ Bkz. Kaynakça.

¹⁰⁸ Türev sözleşmelerin kumar ve bahis teşkil edip etmediği konusu, türev
sözleşmelerin ortaya çıkışından itibaren hukuki bir sorun olarak tartışılmış
bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁰⁹ Bu konuda çalışmalar için bkz. Murat Batı, “Forward Sözleşmeler Vergiden
Kaçınma Aracı Mıdır?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 65(4), s.

- Düzenleyici idari otoritelerin türev sözleşmelere müdahaleleri,
- Türev piyasalarda piyasa bozucu işlemler ve cezai sorumluluk,¹¹⁰
- Türev sözleşmelerde ifa edilmeme durumları ve şirket iflaslarının etkileri

konuları üzerinde oluşturulan görüşlerin ve değerlendirmelerin incelendiği bir alan olduğu göze çarpmaktadır. Bu durumdan hareketle türev sözleşmelerin borçlar hukukundan idare hukukuna, vergi hukukundan tüketicinin korunması hukukuna kadar geniş bir yelpazedeki hukuk dalları ile etkileşim içinde bulunduğu ifade edilebilir.

B. Türev Sözleşmeler Hukukunun Nitelikleri

Türev sözleşmeler hukukunun bir hukuk dalı olarak niteliğinin belirlenmesi konusunda, öncelikle bu alanda yer alan sözleşme kategorilerinin özel hukuk ve kamu hukuku ile kesişimlerini ele almak gerekmektedir.

Türev sözleşmelerin niteliği itibarıyla iki tarafa karşılıklı yükümlülük getiren, karşılıklı edimlerin birbirinden ayrılamaz bir şekilde sonuç doğurduğu borçlar hukuku sözleşmeleri olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Sözleşme konusu edimler; bir şeyin teslimi, bir para borcu ya da ilerleyen tarihte başka bir sözleşmenin kurulması şeklinde farklı edim türlerini ihtiva edebilir. Sözleşmelerin irade serbestliği ilkesi çerçevesinde tarafların karşılıklı uygun irade beyanları çerçevesinde kurulmaları, sözleşmelerin satım, kullanım ödücü, alım – satım hakkı gibi kavramlara dayanakları, bu alanın özel hukukun temel alanlarını teşkil eden borçlar hukuku, ticaret hukuku gibi alanlar ile yakın bir ilişki içerisinde olması sonucunu doğurmaktadır. Farklı

1217 - 1244; Ahmet Korkmaz, "Swap Sözleşmelerden Elde Edilen Gelirin Vergilendirilmesi", *Vergi Raporu Dergisi*, Ocak 2020, S.: 244, s. 74 - 91; Tacettin Vural, Türev Piyasalar ve Forward İşlemlerinin Vergilendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.

¹¹⁰ Özellikle emtia sözleşmelerinde türev piyasalar üzerinden yapılan işlemler spot piyasaları ciddi anlamda etkileyebilmektedir. Bu durum türev işlemlere ilişkin olarak çeşitli kısıtlamalara ve cezai yaptırımlara konu olmuştur. Türev sözleşmeler hukukunun cezai yönüne ilişkin olarak bkz. Sanlı Baş, "SPK md. 47/A-2 (Manipülasyon Suçu) Açısından Vadeli İşlem Sözleşmeleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul, 2009, 83(6), s. 3111 - 3114.

bir boyutta türev sözleşmelerde önemli bir unsur teşkil eden teminat kavramı da eşya hukukunun rehin ilkelerine tabidir. Bu sözleşmelerde normal bir borçlar hukuku sözleşmesine ilaveten risk unsurunun karakteristik bir nitelik taşıması, bu sözleşmelerin alanında uzman kişilerce hazırlanmaları sonucunu doğurmuştur.

Kamu hukuku perspektifinden baktığımızda, türev sözleşmelerin organize türev piyasalarda işlem görmeleri durumunda, düzenleyici idari otoritelerin farklı yönlerden incelemesine tabi olduğuna dikkat çekmek gerekmektedir. Organize piyasalarda bu işlemleri gerçekleştirmek için hem katılımcıların hem piyasa işleticilerin lisans sahibi olmaları gerekmektedir. Lisans sahibi olmak ve işlem gerçekleştirmek, borsa otoritesi ve idari otoriteler yönünden risk, mevzuata uyum (compliance) ve işlem aracılığı durumunda küçük yatırımcıların korunması yönünde bilgilendirme yapma yükümlülükleri ve çıkar çatışmalarının önlenmesi gibi farklı kamusal müdahalelere konu olmaktadır. Diğer bir yandan işlem gerçekleştiren tarafın sermaye yeterlilikleri ve risk rasyoları sebebiyle gerçekleştirecekleri işlemlere ilişkin olarak çeşitli alanlardan müdahalelere yer verilmektedir (Örn. Bankacılık düzenlemeleri).¹¹¹ Özellikle dünyada 2008 Küresel Krizinin bir tetikleyicisi olarak türev araçların sınırsız işlem hacmi büyümesi esas alındığında, devletin finansal piyasaların sağlıklı ve etkin işlemesine yönelik ödevi kapsamında türev piyasalara kamu hukuku müdahaleleri artmıştır. Bu müdahalelerin organize piyasalar ile birlikte tezgâhüstü piyasalara da nüfuz ettiği göz önüne alındığında türev sözleşmeler hukukunun geneline yönelik bir müdahale söz konusu olduğu değerlendirilmelidir. Bu durumun somut bir olasılığı, bir finansal kuruluşun türev sözleşmelerden kaynaklı olarak iflâs durumuna düşmesinin sistemik risk yaratarak makro ihtiyati sonuçlarının doğabilecek olmasıdır. Bu durumdan hareketle klasik bir özel hukuk sözleşmesi niteliği taşısa da kamu hukuku, tüketici hukukunun bir kolu olarak addedebileceğimiz yatırımcıların/finansal tüketicilerin korunması hukuku, idari düzenleyici otoritelerin yaptırımlarından kaynaklı olarak kamu hukukundan ciddi bir regülasyon altında, piyasa koşulları altında kendiliğinden regüle edilmiş özel hukuk sözleşmelerinden oluşan tü-

¹¹¹ Maxim M. Proshunin, "Public Securities and Derivatives Law as Branch of the Financial Law", *RUDN Journal of Law*, 2019, Vol. 23(4), s. 533 - 545, s. 539.

rev sözleşmeler hukukunun, özel hukuk ve kamu hukuku etkileri taşınması itibariyle karma bir hukuk dalı olarak nitelendirilebilmesinin yerinde olduğu değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Türev sözleşmeler Miletli filozof *Thales*'in hava tahminlerine dayalı zeytinyağı presleri opsiyonlarından 1873 yılında Galata'da kurulan Dersaadet Tahvilat Borsası'na kadar uzanan renkli bir geçmişe sahiptir. Ülke para birimlerini Amerikan dolarına ve dolaylı olarak altına endeksleyen Bretton Woods sisteminin 1970'li yıllarda çökmesi neticesinde artan finansal dalgalanmalara karşı korunma ve bu dalgalanmalardan kâr elde etme amacı, türev ürünlerin çeşitlerinde ve işlem hacimlerinde çığgın bir artışa yol açmıştır. Bu dönemin getirdiği gelişmeler ve sorunların hukuk sistemlerine yansısıyla 90'lı yıllarda dünyada, özellikle ABD'de Türev Araçlar Hukuku (*Derivatives Law*) ayrı bir hukuk disiplini olarak popülerite kazanmıştır.

Türev sözleşmeler, sermaye piyasası hukuku, ticaret hukuku, borçlar hukuku alanlarının kesişiminde yer almakla birlikte icra iflas hukuku, idare hukuku, vergi hukuku ve diğer hukuk dalları ile kesişimler bulunan bir hukuk alanıdır. Günümüzde ağırlıklı olarak sermaye piyasası hukuku içerisinde bir alt dal olarak değerlendirilse de türev sözleşmelerin regülasyonu, etkileri ve tarafların korunması konusunda güncel gelişmeler ve çalışmalar, türev sözleşmeler hukukuna sermaye piyasası hukukundan farklı ve daha özgül bir hukuk dalı özelliği kazandırmıştır. Bu özelliği ile türev sözleşmeler hukuku, bağımsız bir hukuk dalı olarak değerlendirilecek bir kimliğe kavuşmuştur

Özellikle son yirmi yıllık periyotta, ABD, AB ile diğer hukuk çevrelerinde türev sözleşmelere ilişkin hukuki altyapının hazırlanması, ortaya çıkan krizler ve diğer gelişmeler çerçevesinde değişikliklere cevap verilmesi hususunda önemli gelişmeler yaşanmıştır. Türev sözleşmelere ilişkin pek çok hukuki problem türev sözleşmeler hukuku literatüründe tartışılmış ve çözüm yaratılmıştır. Küreselleşme ile birlikte, oluşturulan bu çözümler ulusal mevzuatlara hızlı bir şekilde sirayet etmektedirler.

Türev sözleşmelerin güncel konularının başında her biri başlı başına ayrı bir çalışma konusu teşkil eden; çıplak türevler (*naked deri-*

vatives), kumar ve bahis itirazına ilişkin istisnalar, merkezi karşı taraf kuruluşu ile işlem gerçekleştirme zorunlulukları, bilgilendirme ve raporlama yükümlülükleri, teminat sistemlerine ilişkin güncellemeler ve kredi türevlerine ilişkin sigorta itirazları gelir.

Türev sözleşmeler hukuku, karma bir hukuk dalı olarak, türev sözleşmeler ve türev piyasalara ilişkin hukuki alt yapı, türev sözleşmelerin hukuki nitelikleri ile düzenleyici otoritelerin türev sözleşmelere olan etkisi ve sonuçlarını ele alan kendisine ait bir terminolojiye sahip bir hukuk dalıdır. Güncel düzenlemeler ve gelişmeler çerçevesinde, türev sözleşmeler hukukunun önümüzdeki dönemde bağımsız bir hukuk dalı olarak daha geniş kesimlere hitap edeceği öngörülmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Acemoğlu Daron/Robinson James, Ulusların Düşüşü: Güç, Zenginlik ve Yoksulluğun Kökenleri, 2. Baskı, Doğan Kitap, 2012.
- Akçaoğlu Ertuğrul, Finansal Türev Ürünlerin Vergilendirilmesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Apak Sudi/Uyar Metin, Türev Ürünler ve Finansal Teknikler, Beta Yayınevi, 2011.
- Arıkan Naci, Türev İşlemlerin Hukuki ve Vergisel Boyutu, Maliye ve Hesap Uzmanlar Derneği, İstanbul, 2000.
- Arias - Barrera, Ligia Catherine, Regulation and Supervision of the OTC Derivatives Market, Routledge 2018.
- Bomfim Antulio N, Credit Default Swaps, Finance and Economics Discussion Series No: 2022 - 023, Federal Reserve Board, Washington, D.C. 2022.
- Bryan Dick/Rafferty Michael, Capitalism With Derivatives: A Political Economy of Financial Derivatives, Capital and Class, Palgrave Macmillan, New York, 2006.
- Chambers Nurgül, Türev Piyasalar, 4. Basım, Beta Yayınevi, Aralık 2012.
- Çakar Ali, Türev Ürünler ve Vadeli İşlemler Piyasası, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı, Ankara, 2009.
- Doğan Buket, Genel Olarak Türev Araç Sözleşmeleri ve Vadeli İşlem Sözleşmesine Hukuki Bir Bakış, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2008.
- Doğan Pınar Bahar, Vadeli İşlem Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği, Onikilevha, Aralık 2020.
- Drüen Klaus-Dieter, Termingeschäft vs. Kassageschäft - Zur steuerlichen Qualifikation von Optionsscheinen, München, 2021.
- Durmuş Sezil, Borsa Opsiyon Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.

- Eren Erkan, Türk Hukukunda Merkezi Takas Kuruluşları, Merkezi Karşı Taraf Uygulaması ve Tezgâh Üstü Türev Araçların Merkezi Takası, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Ersan, İhsan, Finansal Türevler, Futures & Options & Swaps, Literatür Yayıncılık, 3. Basım, İstanbul 2003.
- Gengatharen Rasiah, Derivatives Law and Regulation, Wolters Kluwer, 2002.
- Hacıoğlu Deniz, Müjgan, Vadeli İşlem Piyasalarına Giriş: Tarihsel Gelişimi, Temel Fonksiyonları ve Pratik İşleyişi, Genişletilmiş 2. Baskı, Akademisyen Kitapevi, Ankara, 2020.
- Halıcı Ceyhun Yaşar, Türk Hukukunda Borsa Opsiyon Sözleşmelerinde Müşteri ile Borsa Üyesi Arası Hukuki İlişkiler, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018;
- Hudson Alastair, The Law on Financial Derivatives, Sweet and Maxwell Ltd., London, 2017.
- Hull John, Options, Futures, and Other Derivatives, 9th Edition, Pearson, 2017.
- International Organization of Securities Commissions, The Credit Default Swap Market Report FR04/12 June 2012. (IOSCO Report)
- İnceoğlu Mehmet Murat, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ocak 2004;
- Kalbaugh Gary E., Derivatives Law and Regulation, Carolina Academic Press 2021.
- Karatepe Yalçın, Türev Piyasaları: Futures, Opsiyon, Swap, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Yayın No. 587, Ankara, 2000.
- Kaygısız Timur Altay, Tezgâhüstü (OTC) Türev İşlemlerin Merkezi Takası, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlilik Etüdü, Ankara, 2008.
- Kepçe Nazlı, Swap Sözleşmelerinin Finansal Tablolarda Raporlanması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.
- Keskin Ayşe Dilşad, Swap İşlemi ve Hukuki Niteliği, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008. (Swap)
- Kırca İsmail, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2000.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş (Birinci Cilt), Filiz Kitapevi 2017.
- Konrad, Rainer; Terminbörsengeschäfte: eine Einführung mit Praxdis- und Übungsbepiselen, Gabler Verlag, Wiesbaden, 1992.
- Köroğlu Belin, Türev Araçların Alım Satımına Aracılık Sözleşmeleri, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuku Ana Bilim Dalı Ticaret Hukuku Bilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013.
- Krapp Tavares/Necasio Antonio, Rechtsprobleme bei Geschäften mit Derivaten, Master Tezi, Albert-Ludwig-Universität Freiburg Juristische Fakultät, Temmuz 1998.
- Kummer Steve/Pauletto Christian, The History of Derivatives: A Few Milestones EFTA Seminar on Regulation of Derivatives Markets, Zurich, 3.5.2012.

- Manavgat Çağlar, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Nisan 1991.
- McBride Philip/Lee Hazen Thomas, Derivatives Regulation, Wolters Kluwer, 2004.
- Moles Peter, Derivatives, Edinburgh Business School, Heriot Watt University, 2011.
- Molva Pelin, Döviz Dayalı Vadeli İşlem Sözleşmesi ile Kur Riskinden Korunmanın Yolu ve Korunma Performansı, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonometri Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2008.
- Mülbert Peter/Assmann Heinz-Dieter, Wertpapierhandelsgesetz: Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2012.
- Müller Hans-Friedrich, "Finanztermingeschäfte", Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht Band 2 §59, 3. Auflage, Springer, Herausgeber: Peter Derleder.
- Ondörtoğlu Aysan, Organize Piyasalarda İşlem Gören Finansal Türev Araçların İncelenmesi ve Türkiye'deki Uygulamaları, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- Oosterlinck Kim, History of Forward Contracts (Historical Evidence for Forward Contracts), The New Palgrave Dictionary of Economics. Palgrave Macmillan, London 2009.
- Penezoğlu Yusuf Gökhan, Hukuki Yönleriyle Vadeli İşlem Sözleşmeleri, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 2004.
- Rechtschaffen Alan N., Capital Markets, Derivatives and the Law: Evolution After Crisis, Oxford University Press 2009.
- Reiner, Günter; Derivative Finanzinstrumente im Recht, 1. Aufgabe, Nomos Verlagsgesellschaft mbH. 2002.
- Saruhan Utku, Vadeli İşlem Sözleşmelerinde İfa İhlalleri, On İki Levha Yayınları, 2022.
- Sing Seng Margaret Chew, Futures Trading Law and Regulation in Singapore: an Introduction, Yüksek Lisans Tezi, National University of Singapore, 1997.
- Siswantoyo Didik/Karri Lakshmi, Impacts of Introduction of Central Counterparties on Credit Default Swap Market, University of Applied Sciences Northwestern Switzerland School of Business 2015.
- Smith, Mark R, Basic Derivatives for Oil and Gas Company, Alberta Law Review, 2001, 39(1), s. 152 - 179.
- Sönmez Yusuf Ziyaeddin, Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1999.
- Şenol Ömer Faruk, Hukuki Açından Bankaların Tezgâhüstü Piyasada Taraf Olduğu Türev İşlemler, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Tamkan Karakoç H. Elçin, Hukuki Yönüyle Borsada İşlem Gören Vadeli İşlem Sözleşmeleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.
- Tanör Reha, Türk Sermaye Piyasası: Taraflar, Beta Basım, İstanbul, 1999;
- Terblanché Janet René, The Legal Risks Associated with Trading in Derivatives in a Merchant Bank, Master Tezi, University of Stellenbosch, Nisan 2006.

- Tütüncübaşı Cumhuriyet, Türev Araçlar ile İlgili İşlemler ve Bu İşlemlerin Hukuki Niteliği, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü Sermaye Piyasası ve Borsa Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
- Vural Tacettin, Türev Piyasalar ve Forward İşlemlerinin Vergilendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
- Wurz Nadja, Credit Default Swaps, Diplomarbeit, Wien Universität 2007.
- Yasaman Hamdi, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul, 1992.
- Yılmaz Mustafa Kemal, Döviz Vadeli İşlem Sözleşmeleri (Currency Futures), Der Yayınları, İstanbul, 2002.
- Yılmaz Gülşah, Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası ile Borsanın Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınları, Yıl: 2012.
- Yüzbaşıoğlu A. Nejat, "Risk Yönetimi ve Bankaların Denetimi", Risk Yönetimi Konferansı Risk Yöneticileri Derneği - Finans Dünyası, İstanbul, 16.01.2003.
- Zengin Yasemin, Elektrik Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsasında İşlem Görmesi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012.

Makaleler

- Aalberts Robert J./Poon, Percy S., "Derivatives and the modern prudent investor rule: too risky or too necessary", *Ohio St. Law Journal*, 2006, 67(3), s. 525 - 592.
- Acar Faruk, "Sermaye Piyasası Hukukunda Aracılık Faaliyeti ve Aracılık Yüklenim Sözleşmesi", Prof. Dr. Vecdi Aral'a Armağan, Kocaeli 2001, s. 317 - 336.
- Adams Edward S./Runkle David E., "The Easy Case for Derivatives Use: Advocating a Corporate Fiduciary Duty to Use Derivatives", *William & Mary Law Review*, 2000, 41, s. 595 - 676.
- Adıgüzel Burak, "6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Sermaye Piyasası Aracı Kavramı", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2017, 3 (1), s. 1 - 8.
- Augustin Patrick/Subrahmanyam Marti G/Tang Dragon Y/Wang Sarah Q, "Credit Default Swaps: Past, Present and Future", *Annual Review of Financial Economics* 2016, 8, s. 175 - 196.
- Bak Başak, "Borsa Opsiyon Sözleşmesi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.: 64, S.: 4, 2009, s. 40 - 75.
- Batı Murat, "Forward Sözleşmeler Vergiden Kaçınma Aracı mıdır?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 65(4), s. 1217 - 1244.
- Baş Sanlı, "SPK md. 47/A-2 (Manipülasyon Suçu) Açısından Vadeli İşlem Sözleşmeleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul, 2009, 83(6), s. 3111 - 3114.
- Berzek Ayşe Nur, "Sermaye Piyasasında Aracılık Faaliyeti", Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995, s. 51 - 63.
- Biggins John/Scott Colin, "Private Governance, Public Implications and the Tightrope of Regulatory Reform: The ISDA Credit Derivatives Determinations Committees", *Comparative Research in Law & Political Economy Research*, Paper No. 57/2013.

- Braithwaite Joanne P., "Standard Form Contracts as Transnational Law: Evidence from the Derivatives Markets", *The Modern Law Review*, Eylül 2012, 75(5), s. 779 - 805.
- Buz Nadire Ebru/Küçükkocaoğlu Güray, "Ülke Kredi Temerrüt Takas (CDS) Primini Etkileyen Faktörler, Türkiye Uygulaması", *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi*, 25(1), s. 27 - 52.
- Campbell Rhett G.; "Energy Future and Forward Contracts, Safe Harbors and The Bankruptcy Code", *American Bankruptcy Law Journal*, 2004, 78(1), s. 1 - 56.
- Chen, Christopher Chao-hung; "Dividing hedging and Gambling: Legal implications of derivative instruments", *Research Collection School Of Law*, 2006, 1(1), s. 1 - 7.
- Cousy Herman, "The Delicate Relationship Between Law and Finance: The Classification of Credit Default Swaps", *Journal of South African Law*, 2014(2), s. 227 - 242.
- Çetin Nusret/Töremiş Ebru, "Menkul Kıymet Borsalarında Alım Satıma Aracılık Faaliyeti Kapsamında Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2008, C.: XII, S.: 1 - 2, s. 77 - 102.
- Doğan Pınar Bahar, "Vadeli İşlem Sözleşmelerinin Kıymetli Evrak Olarak Değerlendirilmesi Sorunu", *Terazi Hukuk Dergisi*, Kasım 2008, 27, s. 37 - 42. (Kıymetli Evrak)
- Deynekli Adnan, "Opsiyon Sözleşmelerinde Bankanın Bilgi Verme ve Aydınlatma Yükümlülüğü ile İlgili Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, 2016, s. 619 - 630.
- Er Sefa, "Türev Araç Alım Satımına Aracılık Sözleşmelerinde Görevli Mahkemenin Belirlenmesi", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2023, 9(2), s. 233 - 253.
- Ersoy Ersan/Ünlü Ulaş, "Tezgâhüstü Türev Piyasa İşlemleri", *Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Nevşehir 2016, 6(1), s. 143 - 162.
- Ghourih Ahmad Ali, "The Law and Regulation of OTC Derivatives: An Anglo-American Comparison and Lessons for Developing Countries", *Nordic Journal of Commercial Law*, June 2010, No. 1, s. 1 - 45.
- Hacıoğlu Reva Zeynep, "Borsa Opsiyon Sözleşmeleri", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ocak 2006, s. 529 - 558.
- Hey Friedrich E.F., "A New Era of Financial Futures Trading in Germany: Sweeping Changes in the Legal and Business Environment", *Northwestern Journal of International Law & Business*, Fall 1989, 10(2), s. 281 - 308.
- Houthakker, Hendrik S.; "The Regulation of Financial and Other Futures Markets", *The Journal of Finance*, 37(2), s. 481 - 491.
- Howell Elizabeth, "Regulatory Intervention in the European Sovereign Credit Default Swap Market", *European Business Organization Law Review*, 2016, 17, s. 319 - 353.
- Hudson Alastair, "The Legal Aspect of Financial Derivatives", *Business Law Review*, 1996, 17 (10), s. 198 - 220.
- Işık Olcay, "Hukuki Açından Borsa ve Borsa Türleri", *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.: 2012/1, s. 215 - 258.
- Johnson Christian A., "Banking, Antitrust, and Derivatives: Untying the Antitying Restrictions", *Buffalo Law Review*, 2001, 49(1), s. 1 - 49.

- Kaya Arslan/Demir Koray, "Türev İşlemlerin Hukuka Uygunluğu Sorunu – Bankaların Türev İşlemlerden Doğan Yükümlülükleri" *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2018, 76 (1), s. 177 – 201.
- Keskin Ayşe Dilşad, "Hukuki Açından Finansal Türev Araç Kavramı", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara, 2008, C.: XXIV, S.: 4, s. 125 – 153. (Türev Araç)
- Keskin Ayşe Dilşad, "The Concept of Financial Derivative Instrument from the Legal Point of View", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2008, 24(4), s. 125 – 156. (Derivative)
- Kharel Amrit, "An Appraisal of Commodity Derivatives Market Law in Nepal", Securities Board of Nepal Silver Jubilee Publication 2018, SEBON, Lalitpur, Nepal, 2018, s. 237 – 252.
- Kıllı Mustafa/Evcı Samet, "Altın Vadeli İşlem Sözleşmelerinin Muhasebeleştirilmesi", *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, Ekim 2017, S.: 76, s. 127 – 138.
- Kirman Ahmet, "Opsiyon Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, s. 713 – 745.
- Korkmaz Ahmet, "Swap Sözleşmelerden Elde Edilen Gelirin Vergilendirilmesi", *Vergi Raporu Dergisi*, Ocak 2020, S.: 244, s. 74 – 91.
- Kuner Christopher B., "Arbitration of International Futures Disputes under German Law", *Arbitration International*, 1992, 8(1), s. 93 – 96.
- Laucius, Gediminas, "Potential Impact of the New Post-Crisis Regulatory Approach to Financial Derivatives", *European Business Law Review*, Y2014, 25(5), s. 681 – 726.
- Narayanan Nithya, "Credit Default Swaps: Legal Implications", *Corporate Law Cases Journal*, 295.
- Partnoy Frank/Skeel David A., "The Promise and Perils of Credit Derivatives", *University of Cincinnati Law Review*, 2007, 75, s. 1019 – 1051.
- Paslı Ali, "Türk Hukukunda Menkul Kıymet Kavramı", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul, 2007, Cilt II, s. 1515 – 1575.
- Proshunin Maxim M., "Public Securities and Derivatives Law as Branch of the Financial Law", *RUDN Journal of Law*. 2019, Vol. 23(4), s. 533 – 545.
- Qu Frank/Zhang Miffy/Wang Vicky; "Six Highlights of Futures and Derivatives Law", Dentons, May 2022. Erişim: <https://www.dentons.com/en/insights/articles/2022/may/13/-/media/a8cc18aea6c246e1a82d6014ee7b8f71.ashx>
- Romano Roberta, "The Political Dynamics of Derivative Securities Regulation", *Yale Journal on Regulation*, Spring 1997, 14 (2), s. 279 – 406.
- Ross George H. "The Legality of Trading in Futures", *Canadian Bar Review*, 10(2), s. 75 – 86.
- Samuelson Charles A. "The Fall of Barings: Lessons for Legal Oversight of Derivatives Transactions in the United States", *Cornell International Law Journal*, 1996, 29(3), Article 4, s. 767 – 806.
- Scheerer Andre; "Credit Derivatives: An Overview of Regulatory Initiatives in the United States and Europe", *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2000, 5(1), s. 149 – 203.

- Schuyler K Henderson, "Credit Derivatives and Operational Risk, or Why a Credit Default Swap is Not Like a Bond", *Law and Financial Markets Review*, 2007, 1(1) s. 31 - 44.
- Schwarcz Steven L./Sharon Ori, "The Bankruptcy-Law Safe Harbor for Derivatives: A Path-Dependence Analysis", *Washington & Lee Law Review*, 2014, 71, s. 1715 - 1755.
- Sienko David C., "The Aftermath of Derivatives Losses: Can Sophisticated Investors Invoke the Suitability Doctrine against Dealers under Current Law", *DePaul Business Law Journal* Fall/Winter 1995, 8 (1) s. 105 - 132.
- Stankovska Aleksandra, "Global Derivatives Market", *South East European University Review*, 2017, 12(1), s. 81 - 93.
- Sumer Ayşe, "Aracı Kurumların Meslek Kurallarına Aykırı İşlemleri ve Sonuçları", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, Birinci Cilt, s. 671 - 696.
- Telesca Massimo, "Analysis of Credit Default Swaps: Market, Applications and Legal Issues" 2003, s. 1 - 27, https://www.globalriskguard.com/resources/crderiv/cred_def_swap.pdf
- Turguttopbaş Neslihan, "Kredi Temerrüt Swapları ve İlgili Riskin Gerçekleşmesi Durumunda Uygulanan Hukuki Prosedür", *Bankacılar Dergisi*, 2013, 84, s. 37 - 53.
- Weber Ernst Jung, "A Short History of Derivative Security Markets", *The University of Western Australia Discussion Paper* 08.10, August 2008, s. 431 - 466.
- Willa E Gibson, "Are Swap Agreements Securities or Futures?: The Inadequacies of Applying the Traditional Regulatory Approach to OTC Derivatives Transactions", *Journal of Corporation Law*, 1999, 24 (2), s. 379 - 416.
- Yıldırım Soysal Hanım, Sermaye Piyasası Hukukunda Kaldıraçlı Alım Satım İşlemleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018.
- Yumurtacı Gülçe, "Opsiyon Sözleşmeleri", *Sermaye Piyasasında Gündem Dergisi*, Eylül 2012, 121, s. 5 - 20.
- Zeynalova- Bockin, Ulvia, "Derivatives Regulation in Azerbaijan", *Futures and Derivatives Law Report*, Thomson Reuters, March 2016, 36(3), s. 1 - 6.

İnternet Kaynakları

Borsa İstanbul Web Sitesi

<https://www.borsaistanbul.com/>

Resmî Gazete

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

CFTC Resmî Web Sitesi

<https://www.cftc.gov/>

RADYASYONLA ÇALIŞAN İŞÇİLERİN ÇALIŞMA SÜRELERİ VE FAZLA ÇALIŞMA

WORKING HOURS AND OVERTIME FOR WORKERS EXPOSED TO RADIATION

İrem YAYVAK NAMLI*

Özet: Radyasyona maruz kalarak çalışma, çalışanın sağlığını önemli ölçüde etkiler. Bu nedenle çalışma süresi bakımından iş mevzuatındaki düzenlemelerden farklı hükümler getirilmiştir. Radyasyona maruz kalarak çalışanların çalışma sürelerine ilişkin temel hukuki kaynak 1937 tarihli 3153 sayılı Kanun'dur. Bu Kanun'a ek 1. madde ile yeni bir düzenleme getirilmiştir. İyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personel için çalışma süresi haftalık azami 35 saat ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle radyasyonla çalışanların çalışma sürelerinin tespitine ilişkin uyumsuzluklarda, uyumsuzluğun doğduğu tarih dikkate alınarak, 30.01.2010 öncesi ve sonrası dönem olmak üzere bir ayırım yapılmıştır. Kanun'da fazla çalışmaya ilişkin doğrudan bir yasak mevcut değildir. Bununla birlikte bu işlerde, işçinin sağlığı ve güvenliği dikkate alınarak, kanunda yer alan sürelerle uyulması beklenir. Bu sürelerin aşılması halinde, mutlaka bir hukuki yaptırıma bağlanması gerekir.

Anahtar Kelimeler: İyonlaştırıcı Radyasyon, İşçi, Çalışma Süresi, Fazla Çalışma, Fazla Çalışma Ücreti

Abstract: Working with exposure to radiation significantly affects the health of the employee. For this purpose, different provisions have been introduced in terms of working time from the regulations in the labour legislation. The main legal source regarding the working hours of radiation workers is Law No. 3153 dated 1937. A new regulation has been introduced with additional article 1 to this Law. The working time is limited to a maximum of 35 hours per week for places where diagnosis, treatment or research is carried out with ionising radiation and for personnel working in these works or processes. Therefore, in disputes regarding the determination of working hours of employees exposed to radiation, a distinction must be

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, irem.yayvak@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1669-6826, Makale Gönderim Tarihi: 28.03.2024, Kabul Tarihi: 28.08.2024

made between the periods before and after 30.01.2010, taking into account the date of the dispute. There is no direct prohibition on overtime work in the Law No.3153. However, in these works, it is expected to comply with the periods specified in the law, taking into account the health and safety of the worker. If these periods are exceeded, a legal sanction must be imposed.

Keywords: İonising Radiation, Employee, Working Time, Overtime Work, Overtime Payment

GİRİŞ

Elektromanyetik dalgalar ya da parçacıklar halindeki enerji yayını veya aktarımı olarak tanımlanabilecek radyasyona maruz kalındığını insanlar doğrudan algılayamazlar.¹ Bununla beraber teknolojinin gelişmesi ile özellikle sağlık hizmetlerinde, hastalara tanı ve tedavi amacıyla iyonlaştırıcı radyasyon yayan cihazların kullanımı son yıllarda oldukça artmıştır. İyonize radyasyonun canlı dokuyla etkileşimi ile öncelikle fiziksel maruziyet oluşmakta, akabinde ise biyokimyasal değişiklikler ile hücrel yapılar da hasarlar ortaya çıkmaktadır.²

Radyasyonla çalışanların, belirli aralıklarla iyonize radyasyona maruz kalması halinde sağlıkları üzerindeki etkileri yıllar sonra bile ortaya çıkabilmektedir. Zira iyonize radyasyon düşük dozda olsa bile, maruz kalma süreleri arasında vücutta oluşan hasar onarılamayabilir ve bu da hasarın giderek artmasına sebep olur.³ Bu nedenle radyasyona maruz kalarak çalışmak, sağlık açısından ciddi ölçüde tehlikeye yol açabilir. Dolayısıyla sağlık alanında gerek işçi gerekse memur olsun, radyasyonla çalışanların çalışma süreleri farklı düzenlemelere tâbi tutulmuştur. Ancak şunu da belirtelim ki radyasyona maruz kalarak çalışma sadece sağlık çalışanlarına ilişkin bir çalışma şekli değildir. Örneğin, pilotlar, radyasyon yayan cihazlarla çalışan endüstri çalışanları, radyasyonu araştırmalarında kullanan bilim insanları da radyasyonun

¹ Yunus Emre Öztürk/Halil Türkteviz/Turan Akdağ, "Dozimetre Taşıyan Sağlık Çalışanlarında İş Yükünün İyonlaştırıcı Radyasyon Risk Algısına Etkisi", *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, 2017, C. 20, S. 2, s. 145.

² Özlem Coşkun, "İyonize Radyasyonun Biyolojik Etkileri", *Süleyman Demirel Üniversitesi Teknik Bilimler Dergisi*, 2011, C. 1, S. 2, s. 13; Turan Akdağ/Levent Sarıyıldız, "Elektromanyetik Alanlara Maruziyet Sonrası Gözlenen Bazı Biyokimyasal Değişiklikler", *Cumhuriyet Medical Journal*, 2012, 34, s. 534-539.

³ Selçuk Yaşar/Mustafa Saygın/Gürsel Çetinkaya/Tuna Parpar, "Girişimsel Radyolojideki Sessiz Tehlike", *SDÜ Tıp Fakültesi Dergisi*, 2014, 21 (4), s. 152.

sağlıklarını tehdit ettiği çalışanlardır. Fakat bu kişiler, ne yazık ki çalışmamızda incelenen mevzuat kapsamına alınmamışlardır.

Bu konuda dikkat edilmesi gereken nokta, radyasyona maruz kalarak çalışmaya ilişkin düzenlemelerin özellikle 2021 yılından sonra büyük ölçüde değişikliğe uğramış olduğudur. Bu nedenle 2021 sonrası dönem bakımından ortaya çıkan uyumsuzluklara uygulanacak düzenlemelerin doğru tespit edilmesi önem arz eder. Buna karşılık özellikle sağlık alanında radyasyona maruz kalarak çalışan birçok işçi olmasına rağmen, literatüre bakıldığında konunun nadiren incelendiği görülmektedir. İşçinin sağlığını etkileyen bir çalışma şekli ve çalışma ortamı olmasına rağmen, özellikle mevzuat değişikliği sonrası dönemde, konunun etraflıca ele alınmamış olması, çalışmamızın hazırlanmasına teşvik etmiştir. Bu çerçevede öncelikle, yürürlükte olan mevzuat ile yürürlükten kaldırılan mevzuatın belirlenmesi üzerinde durulacak olup; akabinde konunun daha iyi anlaşılması için radyasyona maruz kalarak çalışma bakımından önemli sayılabilecek bazı kavramlar ele alınacaktır.

Çalışmamızın konu bakımından esas noktası, radyasyona maruz kalarak çalışanların çalışma sürelerinin belirlenmesidir. 2021 yılından başlayarak gerçekleşen mevzuat değişikliği nedeniyle konu, iki döneme ayrılarak incelenecektir. Böylece uyumsuzluğun gerçekleştiği dönem dikkate alınarak, hangi sürenin aşılması halinde yasak çalışmanın ortaya çıkacağı ve aşan kısmın fazla çalışma kabul edilebileceği tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. RADYASYONA MARUZ KALARAK ÇALIŞAN İŞÇİLERE YÖNELİK MEVZUAT

Çalışma hayatında, günlük veya haftalık olarak oldukça uzun saatler çalışmak, iş gücünün erkenden yıpranmasına neden olacağı gibi, birçok sağlık ve güvenlik sorununun da kaynağıdır.⁴ Çalışma süresi, işçinin iş sağlığı ve güvenliği ile doğrudan bağlantılı olduğundan, mevzuatta azami süre sınırlamaları getirilerek, işçilerin uzun saatlerle ya da sınırsız çalıştırılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Çalış-

⁴ Wolfgang Däubler, Arbeitsrecht, 14. bası, 2023, s. 281; Abbo Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 23. bası, 2024, Rn. 212.

ma süresine ilişkin mevzuattaki nispi emredici nitelikteki bu sınırlamalar, özel bir düzenleme getirilmedikçe, her işçi için aynen geçerlidir. Nitekim Kanun ve diğer mevzuatla çalışma sürelerine getirilen sınırlamalar işçinin şahsına ilişkindir.⁵ Bu konuda bir düzenleme Kanun'da yer almasa da İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği⁶'nin 11. maddesinde "*çalışma süreleriyle ilgili olarak öngörülen sınırlamalar, işyerleri ya da yürütülen işlere değil, işçilerin şahıslarına ilişkindir*" ifadesine yer verilerek, bu hususa dikkat çekilmiştir.

Radyasyona maruz kalarak çalışan sağlık personeli bakımından çalışma süreleri, 4857 sayılı İş Kanunu⁷'nda yer alan çalışma sürelerine ilişkin genel hükümlerden farklı düzenlenmiştir. Nitekim yukarıda da açıklandığı üzere, iyonize radyasyon düşük dozda olsa bile, maruz kalma sürelerine bağlı olarak canlı dokuyla etkileşimi sonucunda hücresel yapılarda kalıcı hasarlar ortaya çıkmaktadır.⁸ Bu nedenle düşük ya da yüksek dozda radyasyona maruz kalarak çalışmak, sağlık açısından oldukça tehlikeli bir çalışma şeklidir. Aşağıda yer verileceği üzere, konuyu düzenleyen özel bir kanun mevcuttur. Bunun dışında çalışma süresine ilişkin ayrıntılar, yönetmelikler yoluyla düzenlenmiştir.

Söz konusu işçilere yönelik azami çalışma sürelerine ilişkin düzenleme getiren temel hukuki dayanak, 19.04.1937 tarih ve 3153 sayılı "Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun"⁹dur. 3153 sayılı Kanun dışında konu hakkında düzenlemeler içeren mevzuatta ise özellikle 2021 yılı sonrasında önemli değişiklikler olmuştur. Dolayısıyla 2021 sonrası dönem bakımından ortaya çıkan uyumsuzluklara uygulanacak düzenlemelerin doğru tespit edilebilmesi için, yürürlükte olan mevzuat ile yürürlükten kaldırılan mevzuatın belirlenmesi önem arz eder.

3153 sayılı Kanun'a dayanılarak öncelikle, Bakanlar Kurulu'nun 27.04.1939 tarih ve 2/10857 sayılı kararı ile kabul edilip, 6.5.1939 tarih

⁵ Münir Ekonomi, İş Hukuku, C. 1: Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1976, s.277-278; Sarper Süzek, İş Hukuku, 21. bası, İstanbul 2021, s. 800.

⁶ RG. T. 6.4.2004, RG. S. 25425.

⁷ RG. T. 10.6.2003, RG. S. 25134.

⁸ Coşkun, s. 13; Akdağ/Sarıyıldız, s. 534-539; Yaşar/Saygın/Çetinkaya/Parpar, s. 152.

⁹ RG. T. 28.04.1937, RG. S. 3591.

ve 4201 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe konulan “Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname”, 24.06.2021 tarih ve 4144 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile yürürlükten kaldırılmıştır. İlgili Cumhurbaşkanı kararı 25.06.2021 tarih ve 31522 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

1939 tarihli Nizamname yürürlükten kaldırıldıktan sonra, radyasyonla çalışmanın ayrıntılarını düzenleyen farklı yönetmelikler yayınlanmıştır. 3153 sayılı Kanun’a dayanılarak hazırlanan, 13.04.2023 tarih ve 32162 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren “İyonlaştırıcı Radyasyon ve Radyonüklit Kullanılarak Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik” konu hakkında önemli düzenlemeler içermektedir. Buna göre, Bu Yönetmelik’in amacı; sağlık hizmeti sunumu kapsamında iyonlaştırıcı radyasyon ve radyonüklit kullanılarak tetkik, teşhis ve tedavi amaçlı uygulanan radyoloji, nükleer tıp, radyasyon onkolojisi hizmetleri ile ağız, diş ve çene radyolojisi hizmetlerinin sunulduğu binaların vasıflarını, iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı nedeni ile ışınlanmalara karşı hastalar ve çalışan güvenliğine ilişkin usul ve esasları, iyonlaştırıcı radyasyon ile radyonüklit kullanılarak yürütülen faaliyetlerde çalışan personele verilecek sağlık iznini belirlemektir (m.1).

26.4.2022 tarih ve 31821 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren “Radyoloji Hizmetleri Yönetmeliği”¹⁰ de sağlık hizmeti sunumu kapsamında tetkik, teşhis ve tedavi amaçlı uygulanan radyoloji hizmetlerinin planlanması, sınıflandırılması ile bu hizmetlerin sunulduğu sağlık kurum ve kuruluşların faaliyetlerine, standartlarına ve denetlenmesine ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir (m.1).

24.03.2000 tarih ve 23999 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren bir başka Yönetmelik ise “Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği”dir. Bu Yönetmelik, iyonlaştırıcı radyasyon ışınlamalarına karşı, kişilerin ve çevrenin radyasyon güvenliğini sağlamayı amaçlar (m.1).

¹⁰ Söz konusu Yönetmelik ile 5.7.2012 tarihli ve 28344 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan “Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları ile Çalışan Personelin Radyasyon Doz Limitleri ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik” yürürlükten kaldırılmıştır.

II. RADYASYONLA ÇALIŞMAYA İLİŞKİN ÖNEM ARZ EDEN KAVRAMLAR

Radyasyona maruz kalan çalışanlara ilişkin Yönetmeliklerde, özellikle çalışma konumuz olan çalışma süreleri bakımından önem arz eden bazı kavramların tanımlarına yer verilmiştir. Bununla birlikte radyasyonla çalışmaya ilişkin bazı temel kavramların tanımları da bu başlık altında açıklanacaktır. Bu kapsamda “radyasyonla çalışan”, “iyonlaştırıcı radyasyon”, “iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı” ile radyasyonla çalışma mevzuatına göre “çalışma süresi” kavramlarının ilgili mevzuatta yer alan tanımları ele alınacaktır.

2023 tarihli “İyonlaştırıcı Radyasyon ve Radyonüklit Kullanılarak Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik”in dördüncü maddesinde, “radyasyonla çalışan”, iyonlaştırıcı radyasyon kaynaklarıyla yürütülen faaliyetlerde görevi gereği halk için belirlenen doz sınırlarının üzerinde işlanma olasılığı olan kişi olarak tanımlanmıştır.

Bu noktada aklımıza “iyonlaştırıcı radyasyon” ve “iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı” ne demek sorusu gelir. Aynı Yönetmelik bu kavramları da dördüncü maddesinde tanımlar. İyonlaştırıcı radyasyon, maddesel ortamdan geçerken onunla etkileşerek iyon çiftleri oluşturabilen X ışını, gama ışını gibi elektromanyetik ışınlarla, kinetik enerjileri olan yüklü parçacıklar, ağır iyonlar ve serbest nötronlar gibi tanecik karakterli ışınları ifade eder. Bu tanımla bağlantılı olarak iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı ise iyonlaştırıcı radyasyon üreten veya yayan cihazlar ile radyoaktif kaynakları olarak tanımlanmıştır.

2022 tarihli “Radyoloji Hizmetleri Yönetmeliği” radyasyonla çalışan, iyonlaştırıcı radyasyon ve iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı kavramları için tamamen aynı tanımlara yer vermiştir.

3153 sayılı Kanun ek 1. madde, “çalışma süreleri”nin temel dayanağını oluşturur. Ek 1. maddede, “iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresi 35 saattir. Bu süre içerisinde, Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirtilen radyasyon dozu limitleri de ayrıca dikkate alınır. Doz limitlerinin aşılmaması için alınması gereken tedbirler ile aşıldığı takdirde izinle geçirilecek süreler ve alınacak diğer tedbirler Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir” ifadesine yer verilerek, azami çalışma süresi belirlenmiştir.

III. GENEL OLARAK ÇALIŞMA SÜRELERİ

Türk iş mevzuatında çalışma süreleri emredici kurallarla düzenlenmektedir. Amaç, öncelikle işçinin sağlığının ve güvenliğinin korunmasıdır. Bunun yanı sıra işçinin kişiliğinin korunması, özel yaşamının korunması, çalışma süresi ile özel hayatı arasındaki dengenin kurulmasıdır.¹¹ Çalışma sürelerinin kanunda emredici olarak düzenlenmesinin sosyal politikaya ilişkin farklı amaçları olduğundan da kuşkusuz söz edilebilir.¹²

Türk Hukuku'nda çalışma süresi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun dördüncü bölümünde "işin düzenlenmesi" başlığı altında 63. ila 76. maddeleri arasında yer almaktadır. Buna karşılık çalışma süresi tanımına bu Kanun'da yer verilmemiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu^{13'}nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında da çalışma süresi tanımlanmamıştır. İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 3.maddesinde ise oldukça genel bir tanımla karşılaşılır: *"Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. İş Kanunu'nun 66'ncı maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır. Aynı Kanun'un 68'inci maddesi uyarınca verilen ara dinlenmeleri ise, çalışma süresinden sayılmaz"*.

Yönetmelik, bu düzenlemesi ile fiili çalışma süresi kavramını tanımlamanın yanı sıra, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 66. maddesinde yer alan ve farazî çalışma süreleri denilen sürelerin de çalışma süresine dâhil olacağına dikkat çekmiştir. Nitekim farazi çalışma süresi, işçinin işin başlangıç ve bitişi için belirlenen sürede çalışmadığı halde, iş görmeye hazır halde beklediği süre olup, bu süre de çalışma süresinden

¹¹ Çalışma sürelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s. 800; Nuri Çelik/Nurşen Canıklıoğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 36. bası, İstanbul 2023, s. 750 vd.; Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku, 5. bası, On İki Levha, 2023, s. 433 vd.; Hamdi Mollamahmutoglu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, Bireysel İş Hukuku, 3. bası, Lykeion Yayınları, 2019, s. 341; Muhittin Astarlı, Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Turhan Kitabevi, 2008, s. 237; Kenan Tunçomağ,/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları 10.bası, Beta, 2022, s. 168 vd.; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan/Esra Başkan, Bireysel İş Hukuku, 10. bası, Beta, 2020, s. 241 vd.; Emine Tuncay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku, 10. bası, Gazi Kitabevi, 2019, s. 365; Ercan Akyiğit, İş Hukuku, 14. bası, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 372 vd.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülsevil Alpagut, "Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi- Daimi Ulaşılabilirlik", Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 2021, s. 318.

¹³ RG.T. 04.02.2011, RG. S. 27836.

sayılır.¹⁴ İş Kanunu'nun 66. maddesinde, çalışma süresinden sayılan haller, yani farazi çalışma süreleri tek tek belirlenmiştir.

İş Hukuku mevzuatında çalışma süresine ilişkin tanım eksikliğine karşılık, doktrinde çalışma süresi kavramı farklı şekillerde tanımlanmıştır. Elbette bu tanımların her birine bu çalışmada yer verilmesi ne mümkündür ne de çalışmanın konusu dikkate alındığında gereklidir. Fakat birkaç tanıma örnek olarak yer verilmesi, çalışma süresi kavramının anlaşılması bakımından önemlidir. Doktrinde, çalışma süresinin "işçinin iş görme borcunu ifa için ne zaman ve ne kadar süre ile çalıştırılabileceğini"¹⁵ ifade ettiği şeklinde bir tanım getirilmesinin yanı sıra, "işçinin iş görme borcunu ifa ettiği ya da işverenin emrine işgücünü tahsis ederek hazır olarak beklediği süreleri kapsayan süreler"¹⁶ veya "soyunma, giyinme ve ara dinlenmeler hesaba katılmaksızın, işin başlangıcından sona ermesine kadar ki zaman parçası"¹⁷ olarak tanımlandığı görülmektedir.

Belirtildiği üzere, Türk Hukuku'nda çalışma süresi İş Kanunu'nda düzenlenmiş olup, uygulama şekilleri ise "İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği"nde yer almaktadır. Bununla beraber işin niteliği gereği çalışma süresinin daha farklı belirlenmesi gereken durumlarda, örneğin 854 sayılı Deniz İş Kanunu¹⁸ m. 26, özel hükümler getirildiği de görülmektedir. İşte bu özel düzenlemelerden bir başkası ise radyasyona maruz kalarak çalışan işçiler için 3153 sayılı Kanun ek 1. maddede öngörülmüştür. Burada ayrık bir düzenleme getirilmiş olmasındaki amaç, yine işin niteliği uyarınca işçinin sağlığının ve güvenliğinin korunması gerekliliğidir.

4857 sayılı Kanun'un 63. maddesinde "Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir." ifadesine yer verilmiştir. Kanun

¹⁴ Süzek, s. 799-807; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 720 vd.; Ekmekçi/Yiğit, s. 433-438; Astarlı, s. 35-36.

¹⁵ Münir Ekonomi, "Kara, Deniz ve Hava Taşımacılığında İşçilerin Çalışma Süreleri ve Bundan Doğan Başlıca Sorunlar", Türk İş Hukukunun Temel Sorunları Semineri, Termal-Yalova, 6-10 Ekim 1976, s. 67.

¹⁶ Kadir Arıcı, Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 sayılı İş Kanunu'nda Çalışma Süreleri, Ankara 1992, s. 9.

¹⁷ Kenan Tunçomağ, İş Hukuku, C. 1, B. 4, İstanbul 1986, s. 152.

¹⁸ RG. T. 29/4/1967, RG. S. 12586.

metninden anlaşılacağı üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesinde genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirlenmiş olup, aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit bölünerek uygulanır. Bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu, tarafların anlaşarak, haftalık çalışma süresini haftanın günlerine günde 11 saati aşmamak ve 24 saat kesintisiz hafta tatili kullandırmak koşuluyla, farklı şekillerde dağıtma imkânı getirmiştir. Bunun için aranan şart, çalışma süresinin haftanın iş günlerine farklı şekilde bölünebilmesi için tarafların anlaşmasıdır. Böyle bir anlaşma olmadıkça haftalık azami çalışma süresi iş günlerine eşit olarak bölünerek uygulanır.¹⁹ Bu sürelerin üzerinde çalışılması halinde ise İş Kanunu m. 41 ve devamında düzenlenen fazla çalışma hükümleri devreye girer.

İş Kanunu'ndaki düzenlemeden yola çıkıldığında, haftalık azami 45 saatlik çalışma süresine uymak şartıyla, işçi ile işveren aralarında anlaşarak haftalık çalışma süresini daha farklı kararlaştırabilirler. Fakat İş Kanunu'nda yer almasa da Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinde günlük çalışma süresinin her ne şekilde olursa olsun on bir saati aşamayacağı belirtilerek, günlük azami çalışma süresi sınırı nispi emredici şekilde belirlenmiştir. Dolayısıyla haftalık çalışma süresi ister haftanın iş günlerine eşit olarak bölünsün ister farklı bir bölünme yapılması konusunda anlaşma yapılsın, günlük çalışma süresi en fazla on bir saat olarak uygulanabilir.

Kısacası İş Kanunu'nda yer alan maddenin lafzından azami haftalık çalışma süresinin kırk beş saat altında belirlenebilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim madde metni "genel bakımdan" ifadesi ile başlamaktadır.²⁰ Örneğin, yer altı maden işleri için kanun

¹⁹ Münir Ekonomi, "Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar", Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü ve Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz, İstanbul 1986, s. 192 vd.; Öner Eyrenci, "İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku", Münir Ekonomi 60.Yaş Armağanı, Ankara 1993, s. 231 vd.; Devrim Ulucan, "AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri" Mercek, Temmuz 2003, s. 60 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 716 vd.; Süzek, s. 801; Gülsevil Alpagut, "AB'de Güvenceli Esneklik ve Türkiye'deki Yasal Düzenlemeler", TİSK Akademi, 2008/1, s. 7 vd.; Astarlı, s. 271 vd.; Gaye Burcu Yıldız, "Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, s. 203 vd.; Gaye Baycık, "Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları", Prof. Dr. Ali Rıza Okura Armağan, İstanbul 2014, s. 223 vd.

²⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 715.

aynı maddede ayrı bir düzenleme öngörmüştür.²¹ Nitekim yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi günde en çok yedi buçuk saat, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir. Çalışma konumuzu oluşturan radyasyona maruz kalarak çalışma ise çalışma süresinin Kanun ile haftalık 45 saatin altında belirlendiği özel düzenlemelerden bir başkasıdır. Nitekim radyasyonun çalışanların sağlığına olan etkisi düşünüldüğünde, çalışma sürelerinin diğer işçilerden daha farklı düzenlenmesi işçinin korunması bakımından önem arz eder.

IV. RADYASYONLA ÇALIŞANLARIN ÇALIŞMA SÜRELERİNE İLİŞKİN SINIRLAMALAR

A. 30.01.2010 Tarihinde Yapılan Değişiklik Öncesi Dönem

Radyasyona maruz kalarak çalışanlar için yukarıda açıklandığı üzere, işçi olmalarına rağmen 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan çalışma süresine ilişkin genel hükümlerden farklı özel düzenlemeler getirilmiştir. Buradaki amaç, çalıştıkları maddenin işçinin sağlığı açısından yol açabileceği zararlar dikkate alınarak, bu maddeye maruz kaldıkları sürenin sınırlandırılmasıdır.²²

4857 sayılı İş Kanunu m.63'deki haftalık azami çalışma süresinden farklı bir düzenleme getirilmesi kabul edilen hallerden biri, iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personeldir. Aşağıda yer verileceği üzere, mevzuatta sayılı işyerlerinde radyasyonla çalışanların çalışma sürelerine ilişkin özel düzenlemeye, 3153 sayılı Kanun ek 1. maddede yer verilmiştir. Ek 1. madde, 30.01.2010 tarihinde 3153 sayılı Kanun'a eklenmiştir.²³

²¹ Bu konuda bkz. Arzu Arslan Ertürk, "6552 sayılı Kanun'un 4857 Sayılı İş Kanunu İle 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Getirdiği Yenilikler", *Çalışma ve Toplum*, S. 45, C. 2, 2015, s. 182.

²² Songül Barlaz Us/Kemal Us, "Türkiye'de Radyasyon Çalışanlarının Mevzuattan Kaynaklanan Hakları", *Lokman Hekim Dergisi*, 2021, 11 (1), s. 86; Muhammet Türkalp Seçkin, "Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları İle Çalışan İşçilerin Pandemi Dönemindeki Çalışma Esasları", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2021, S. 45, s. 192; Alptekin Burak Boydak, "İşyerinde Radyasyona Maruz Kalabilecek İşçiler İçin Çalışma Süreleri ve İzin Hakkı", *TBB Dergisi*, 2019 (141), s. 456; Ali Terzioğlu/Yahya Kemal Koç, "Radyasyon Riskine Tabi Çalışanlara, Çalışma Hayatında Sağlanan Haklar", *Mali Çözüm Dergisi*, Kasım Aralık 2016, S. 138, s. 247.

²³ Ek m.1, 30.01.2010 tarih ve 27478 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5947 sayılı "Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı

Ek 1. maddede yer alan düzenlemeyi incelemeye geçmeden önce, bu başlık altında şu hususa dikkat çekmek isteriz. 30.01.2010 tarihinde gerçekleşen bu değişiklikten önce radyasyonla çalışanlara ilişkin çalışma süresine ilişkin düzenleme 1939 tarihli mülga “*Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname*”nin 21. maddesinde yer almaktaydı. Yürürlükteki düzenlemeden farklı olarak Nizamname’de, radyasyonla çalışanlar için günlük azami çalışma süresi sınırı getirilmişti ve bu sınır günde beş saat olarak belirlenmişti. Bu nedenle 30.01.2010 tarihli Kanun’daki düzenleme yürürlüğe girmeden önceki dönem için çıkan uyuşmazlıklarda, günlük beş saatlik çalışma süresi sınırının uygulanması gerekmektedir. Bu süreye bağlı olarak çalışma süresinin aşılp aşılmadığı tespit edilerek, fazla çalışma ücreti hesaplanmalıdır. Bu konuda 2019 yılında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi²⁴nin verdiği bir kararda, kanaatimizce de isabetli olarak aynen şu ifadeler yer almaktadır:

Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 9. maddesiyle 3153 sayılı Kanun’a eklenmiştir.

²⁴ Y. 9. HD., E. 2016/972, K. 2019/9865, T. 6.5.2019, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 19.01.2024. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de 2015 tarihinde aynı yönde karara varmıştır: “..Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer...Hakkında Kanun ile Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname uyarınca fazla çalışma ücretine hak kazanıp kazanmadığı noktalarında toplanmaktadır. Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamnamenin 21. maddesi “Röntgen ve radyom ile daimî olarak günde beş saatten fazla çalışamaz. Röntgen muayenehanelerinde pazardan maada ayrıca bir gün daha öğleden sonra tatil yapılmalıdır” hükmünü içermektedir. 30.1.2010 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanan 5947 Sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 9. maddesiyle 3153 sayılı Kanun’a eklenen Ek 1. maddede “İyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresi 35 saattir” hükmünü içermektedir. Somut olayda röntgen teknisyeni olarak çalışan davacının fazla mesai alacağı hesaplanırken hükme esas alınan bilirkişi raporunda, 3153 sayılı Kanun’a 5947 sayılı Kanun’la 30.1.2010 tarihinde yapılan değişiklikle getirilen ek 1. madde dikkate alınmaksızın, çalıştığı tüm süre için yukarıda anılan Nizamname’nin 21. maddesine göre fazla çalışma hesaplaması yapıldığı anlaşılmaktadır. Söz konusu kanun yürürlüğe girmeden önceki çalışma dönemi için günlük beş saati aşan çalışmalara göre, anılan kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki dönem için ise kanunun ek 1. maddesi uyarınca günlük yedi saati aşan çalışmalara göre fazla mesai alacağı hesaplanması gerekmektedir. Eksik inceleme ve yanlışlı değerlendirme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”. Bu karar için bkz. Y. 22. HD., E. 2014/27442, K. 2015/1956, T. 02.02.2015, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 19.01.2024. Benzer yönde kararlar için bkz. Y. 9. HD., E. 2017/1963, K. 2017/5361, T. 30.3.2017, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 19.01.2024; Y. 22. HD., E. 2014/22652, K. 2015/657, T. 21.1.2015, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 19.01.2024.

“...Mevzuat değişikliği nedeni ile 30.01.2010 tarihine kadar günde 5 saat çalışmayı aşan süreler için fazla çalışma ücreti hesaplanmalı, bu tarihten sonraki dönem için haftada 35 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edilmelidir. Somut uyuşmazlıkta, davacı işçi davalı işyerinde anjiyo hemşiresi olarak çalışmakta olup, şuaaya maruz kalan ve şuaa izni hakkına sahip personel olduğu sabittir. Buna göre günlük çalışma süresinin 3153 sayılı Kanun’a göre belirlenmesi gereklidir. Yasal düzenlemelere göre davacının haftalık çalışma süresinin 30.01.2010 tarihine kadar yirmi yedi buçuk saat olarak kabul edilip hesaplamanın buna göre yapılması gereklidir. 30.01.2010 tarihi öncesi 27,5 saat ve günlük 5 saat üzeri çalışma yasak çalışma olup, doğrudan fazla mesai sayılmalıdır. Ayrıca bu dönem öncesi için işe giriş çıkış kayıtları olmadığından tanık beyanlarına göre sonuca gidilmelidir...”

B. 30.01.2010 Tarihinde Yapılan Değişiklik Sonrası Dönem

30.01.2010 tarihinde 3153 sayılı Kanun’a eklenen Ek 1. madde ile radyasyonla çalışanlara ilişkin olarak haftalık azami çalışma süresi özel olarak belirlemiştir:²⁵ “iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresi 35 saattir. Bu süre içerisinde, Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirtilen radyasyon dozu limitleri de ayrıca dikkate alınır”. Anlaşılacağı üzere, iş görme borcunun işçinin sağlığı bakımından oluşturabileceği tehlike dikkate alınarak, İş Kanunu’nun 63. maddesinde yer alan haftalık azami çalışma süresinden farklı bir düzenleme uygun görülmüştür. Dolayısıyla 30.01.2010 sonrası dönem için iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personel için haftalık azami çalışma süresi otuz beş

²⁵ 3153 sayılı Kanun’un ek 1. maddesinin iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi, “...Radyasyona maruz kalan personel için farklı çalışma koşulları belirlenmesindeki temel amaç, bu maruz kaldığı radyasyon etkisinin minimum düzeye düşürülmesi suretiyle sağlıklarının korunmasıdır. Yasa koyucu bu amaçla bazı yasalarda birçok düzenleme getirmiştir. Getirilen bu düzenlemelere göre, iyonlaştırıcı teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş ve işlemlerde çalışan personele; diğer çalışanlara göre daha az çalışma süresi, çalışma süresi içinde doz limitlerinin aşılması halinde izin hakkı, her yıl yıllık izinlerine ilaveten bir aylık sağlık izni hakkı (657 sayılı DMK m.103) ve çalıştığı her 360 gün için 90 gün fiili hizmet süresi zammı hakkı(5510 sayılı SGK m. 40) verilmiştir” ifadesi ile radyasyona maruz kalan çalışanın sağlığının korunması amacıyla alınan önlemlere dikkat çekmiştir. AYM’nin iptal talebinin reddine ilişkin kararı için bkz. AYM, E. 2010/29, K. 2010/90, T. 16.7.2010, RG. T. 04.12.2010, RG. S. 27775.

saat olarak uygulanacaktır. Şunu da belirtelim ki, 3153 sayılı Kanun özel-kamu çalışanı ayrımı yapmadığından, her iki sektörde çalışanlar bakımından da bu sınırlama geçerlidir.

3153 sayılı Kanun aynı maddede, haftalık azami 35 saatlik çalışma süresi sınırlaması ile de yetinmemiş, bu sürenin Yönetmelik'te belirtilen radyasyon doz limitleri dikkate alınarak daha az belirlenmesini de mümkün hale getirmiştir. İlgili maddede bahsi geçen Yönetmelik ise günümüzde yürürlükte bulunan "Radyoloji Hizmetleri Yönetmeliği"dir.

Aynı Yönetmelik'te radyasyon kaynakları ile çalışanların çalışma şekli bakımından da özel bir düzenleme getirilmiştir (m.11/9): "*Radyasyon kaynakları ile çalışacak personelin çalışma şekli, 3153 sayılı Kanun'da öngörülen çalışma süresini aşmamak kaydıyla, hizmetin etkinlik ve sürekliliğinin sağlanması bakımından vardiya veya nöbet şeklinde düzenlenebilir.*". 3153 sayılı Kanun'daki azami haftalık çalışma süresi aşılmamak kaydıyla, vardiya veya nöbet usulü çalışmak mümkün kabul edilmiştir. Bu noktada aşağıda yer verdiğimiz üzere, radyasyonla çalışan kişinin yaptığı iş, günde azami yedi buçuk saat çalışılabilecek işler arasına giriyorsa, ilgili Yönetmelik'te yer alan günlük azami sınıra da uyulması gerekecektir. Ayrıca Radyoloji Hizmetleri Yönetmeliği'nde yer alan radyasyon doz limitleri de vardiya belirlenirken önemli bir sınır olarak yer alır.

Radyasyonla çalışma halinde çalışma süresinin sınırlandırılmasına yönelik bir diğer düzenleme, İyonlaştırıcı Radyasyon ve Radyonüklit Kullanılarak Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik'in 7. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Esasında bu düzenleme 3153 sayılı Kanun ile oldukça benzerdir: "*Sadece iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresi 35 saattir. Bu çalışanların, kontrollü alanlarda kişisel koruyucu ekipman ve dozimetre kullanması zorunludur.*". Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise radyasyonla çalışanların vardiya ve nöbet şeklinde çalışabilmelerine yönelik Radyoloji Hizmetleri Yönetmeliği'nin 11. maddesi ile aynı yönde bir düzenleme getirilmiştir.

Radyasyonla çalışma halinde çalışma süresinin sınırlandırılmasına ilişkin bir diğer özel düzenleme ise "Sağlık Kuralları Bakımından

Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik"²⁶te mevcuttur. Bu Yönetmelik, çalışma süresini haftalık değil, günlük süre bakımından sınırlandırmaktadır. Söz konusu Yönetmelik'in günde azami yedi buçuk saat çalışılabilecek işler başlıklı dördüncü maddesinde "ö) *Radyoaktif ve radyoionizan maddelerle yapılan işler: 1) 19.4.1937 tarihli ve 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanunun Ek 1 inci maddesinde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla doğal ve yapay radyoaktif, radyoionizan maddeler veya bütün diğer korpusküler emanasyon kaynakları ile yapılan işler*" sayılmaktadır. Dolayısıyla ö bendinde sayılı işlerde yapılan çalışmalar bakımından günlük çalışma süresi azami yedi buçuk saat ile sınırlandırılmıştır. Aynı Yönetmelik'in yedinci maddesinde, kapsama giren işlerde fazla çalışma yapılamayacağı da düzenlenmiştir. Buna karşılık fazla çalışma yasağı getiren düzenlemenin ihlali haline ilişkin olarak açıkça herhangi bir hukuki yaptırım öngörülmemiştir. Bu konuya fazla çalışma başlığı altında ayrıca yer verilecektir.

Söz konusu Yönetmelik, 3153 sayılı Kanun kapsamında olmamakla beraber, radyoaktif ve radyoionizan maddelerle yapılan işlerde çalışanları da kapsamına almaktadır. Bu konuda bir Yargıtay kararında²⁷ isabetli şekilde şu ifadelere yer vermiştir: "...Somut uyuşmazlıkta; davacı işçi, davalıya ait ilaç üretimi yapılan işyerinde üretim uzmanı olarak çalışmıştır. Davacı, tedavi ve teşhiste görevli olmayıp 3153 sayılı Kanun ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Nizamname kapsamında bir çalışan değildir. 4. Davacı, belirtilen mevzuat kapsamında çalışmadığından şua iznine hak kazanamadığı gibi, fazla çalışma ücretlerinin bu Kanun hükümlerine göre hesaplanıp hüküm altına alınması hatalıdır. 5. Ancak, gerek Mülga Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik gerekse bu 2013 yılında yürürlüğe giren Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinde, radyoaktif ve radyoionizasyon maddelerle yapılan işler kapsamında çalışmaya yer verildiğinden; davacının günlük 7,5 saati aşan mesaisi varsa fazla çalışmanın buna göre ayrıca bir değerlendirmeye tâbi tutulması gerekmektedir...".

²⁶ RG. T. 16.07.2013, RG. S. 28709.

²⁷ Y. 9. HD., E. 2022/18262, K. 2023/5962, T. 25.4.2023, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 05.02.2024.

Yukarıda yer verilen ilgili mevzuat hükümleri uyarınca, röntgen ve radyom ile daimî olarak haftalık azami otuz beş saatten fazla çalışılması yasaklanmıştır. Yani haftalık otuz beş saatlik sınır üst sınır olup, bir kişinin radyasyon ile çalışıyor sayılması için mutlak olarak otuz beş saat çalışmasının aranması beklenmemektedir. Bu durumda bir işçinin, haftalık otuz beş saatin altında dahi olsa radyasyona maruz kalarak çalışıyor olması, söz konusu haftalık çalışma süresi sınırına tâbi olması için yeterlidir. Örneğin, haftanın altı günü günde sadece beş-altı röntgen çekiyor olması işçiyi, 3153 sayılı Kanun'un Ek m.1 düzenlemesi kapsamı dışına çıkarmadığı gibi, radyasyona maruz kalma anlamına da gelmemektedir. Nitekim Kanun, haftalık azami çalışma süresini, radyasyona maruz kalma dozuna göre belirlememiştir. Önemli olan iyonlaştırıcı radyasyona doğrudan maruz kalarak çalışan kişi olmasıdır. Maruz kalınan radyasyon dozu limiti ise sadece otuz beş saatlik azami sınır içerisinde, haftalık çalışma süresinin daha az belirlenmesi için dikkate alınacak bir kriter olarak önem kazanmaktadır.

3153 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruda, Anayasa Mahkemesi iptal talebini reddederken, "...Yönetmelikte belirlenen radyasyon dozu limitlerinin haftalık 35 saatten daha kısa bir çalışma süresinde aşılması durumunda bu personelin çalışma süresinin Yasada belirlenen 35 saatten daha az olabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle dava konusu kuralın, radyasyonla teşhis ve tedavi merkezlerinde çalışan personelin maddi ve manevi varlıklarının gelişmesini engelleyen, çalışanların dinlenme haklarını ihlal ederek sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama haklarını sınırlayan bir niteliği bulunmamaktadır..." ifadesine yer vererek, radyasyon doz limitinin daha kısa çalışma süresi belirlenmesindeki etkisini gerekçe göstermiştir.²⁸

Sonuç olarak sadece "iyonlaştırıcı" radyasyonla teşhis, tedavi ve araştırmanın yapıldığı yerlerde, bu iş veya işlemlerde çalışan işçiler ile sınırlı olmak üzere, İş Kanunu m.63'de öngörülen haftalık azami çalışma süresinden farklı çalışma süresi düzenlenmiştir. Bu işçiler için haftalık azami çalışma süresi otuz beş saat olarak uygulanır. Bu işçilerin, kanundaki azami haftalık çalışma süresi aşılmamak, kaydıyla vardiya veya nöbet usulü çalışmaları da mümkündür. Yine kanundaki azami haftalık çalışma süresi saklı kalmak kaydıyla, radyoaktif ve

²⁸ AYM, E. 2010/29, K. 2010/90, T. 16.7.2010, RG. T. 04.12.2010, RG. S. 27775.

raduyoyonizan maddelerle yapılan işler için ayrıca günde azami yedi buçuk saat çalışılabileceği düzenlenerek, günlük azami çalışma süresi de belirlenmiştir.²⁹ Hal böyle olunca 30.01.2010 tarihi sonrası döneme ilişkin doğacak uyuşmazlıklarda, söz konusu süre sınırları dikkate alınarak fazla çalışma iddialarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

V. FAZLA ÇALIŞMA SÜRESİ

A. Genel Olarak

Fazla çalışma, kanun ya da sözleşmelerle belirlenen çalışma süresinin aşılması halidir.³⁰ Fazla çalışmaya ilişkin kanuni düzenlemelere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41 ve devamı maddelerinde, İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği³¹nde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 398. maddesinde, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 28. maddesinde ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu³²'nin Ek 1. maddesinde yer verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu 41. maddesinde, fazla çalışma ile fazla sürelerle çalışma ayırımı yapmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda (*olağan*) fazla çalışma süresi, Kanun'da yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar olarak belirlenmiştir (m.41/1). Görüldüğü gibi Kanun'da, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar, fazla çalışma olarak kabul edilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41 ve devamı maddele-

²⁹ Doktrinde aksi yönde bir görüş, radyasyonla çalışmada haftalık 35 saatlik çalışma süresi sınırının uygulanacağını, ancak Yönetmelik'te belirtilen günlük azami yedi buçuk saatlik sınırın dikkate alınmaması gerektiğini, fakat günlük 11 saatlik süre sınırının yine de uygulanacağını ileri sürmektedir. Bu görüş için bkz. Seçkin, s. 194.

³⁰ Sezgi Öktem Songu, Türk İş Hukukunda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2007, s. 346. Ayrıntılı bilgi için bkz. Münir Ekonomi, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma Kavramı, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, S. 3, 2004, s. 164 vd.; Polat Soyer, "Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler", Legal İHSGHD, C.3, 2004, s. 797; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 739 vd.; Nurşen Caniklioğlu, "4857 sayılı İş Kanunu'nun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri", III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, s. 166; Cevdet İlhan Günay, Türk İş Hukukunda Fazla Çalışma Saatleriyle Çalışma Ücreti, Ankara 2007, s. 5-6.

³¹ RG. T. 06.04.2004, RG. S.25425.

³² RG. T. 20.06.1952, RG. S. 8140.

rinde, fazla çalışmanın nedenlerine göre üçe ayrıldığı görülmektedir. Bunlar; normal fazla çalışma (m.41), zorunlu nedenlerle fazla çalışma (m.42) ve olağanüstü nedenlerle fazla çalışma (m.43)'dür.

Fazla sürelerle çalışma kavramı ise 4857 sayılı İş Kanunu ile hukukumuzda ilk kez düzenlenmiştir. Bu kavram, Kanun'un 41. maddesinin 3. fıkrasında tanımlanmıştır. Fazla sürelerle çalışma ise aynı maddenin üçüncü fıkrasında, haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırk beş saatin altında belirlendiği durumlarda ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırk beş saate kadar yapılan çalışmalardır.

İşveren, kanunda aranan fazla çalışmanın şartlarını yerine getirirse, işçilere fazla (*sürelerle*) çalışma yaptırabilir. Kısacası fazla çalışma, şartları mevcut ise Kanun tarafından yapılması mümkün kabul edilen çalışmalardandır.³³ İşçinin fazla çalışması durumunda, işverenin kazancı artar. Fakat işçi de uzun saatler çalıştığından yorulur. Buna karşılık işçinin normal ücreti, bu çalışmanın karşılığını veremez.³⁴ Dolayısıyla işçinin bu çalışmasının zamlı bir ücretle karşılanması beklenir. İşçi, yaptığı fazla çalışma karşılığında, Kanun'da ya da sözleşmede belirlenen oranlarda zamlı ücrete hak kazanacaktır (m. 41/2-3). Bu hükümler nispi emredici niteliktedir. Dolayısıyla fazla çalışma ücretleri sözleşmelerle işçi lehine olmak şartıyla arttırılabilecektir; fakat azaltılamayacaktır.³⁵ Zorunlu ve olağanüstü nedenlerle yapılan fazla çalışmada da aynı ilkeler geçerlidir. Nitekim 42. maddenin son fıkrası ile 43. maddenin son fıkrasında, bu çalışmaların ücreti konusunda, 41. maddenin 1., 2. ve 3. fıkralarının uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.

Diğer bir seçenek olarak ise fazla (*sürelerle*) çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığını belirlenen miktarda serbest zaman olarak kullanabilir. İşçi, serbest zamanı altı ay içinde ve ücretinde kesinti olmadan kullanır (m. 41/4). Yani fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmış olan işçi,

³³ Fazla çalışmaya ilişkin aranan ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s. 829; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 751; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1303; Ekmekçi/Yiğit, s. 483; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 287; Senyen Kaplan, s. 534; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, 26. bası, Seçkin Yayınları, 2022, s. 408; Ak-yiğit, s. 380.

³⁴ Günay, s. 576, Öktem Songu, s. 385.

³⁵ Ekonomi, C. 1, s. 307; Süzek, s. 844; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 753; Caniklioğlu, s. 181.

isterse zamlı ücret almak yerine, fazla çalıştığı sürelerin karşılığında serbest zaman kullanmayı talep edebilecektir. İşçiye sağlanacak serbest zamanın süresinin sözleşmelerle arttırılması mümkündür; ancak bu sürelerin azaltılması mümkün değildir.³⁶ İşverenin, işçinin serbest zaman kullanma talebini reddedemeyeceği savunulur.³⁷ Bununla beraber serbest zamanın, işçinin işverene önceden yazılı bildirim üzerine, işin ve işyerinin gereklerine uygun şekilde işverenin belirleyeceği tarihten itibaren iş günlerinde aralıksız kullandırılması gerekir (Yön. m. 6/2-3).³⁸

Serbest zaman, işçinin sağlığının korunması amacıyla verilen bir dinlenme süresidir. İş Kanunu, serbest zamana, farazî çalışma süreleri arasında yer vermemiştir. İşçi serbest zamanı işverenin otoritesi altında olmaksızın dilediği yerde geçirebilecektir. Bu nedenle Türk Hukuku'na göre serbest zaman, fiilî ya da farazi çalışma süresi sayılmaz.³⁹ Ayrıca belirtelim ki işçinin zamlı ücret yerine, serbest zaman kullanımı sadece normal fazla çalışmalar için geçerlidir. Şöyle ki zorunlu nedenlerle fazla çalışmayı düzenleyen 42. maddenin son fıkrasında ve olağanüstü nedenlerle fazla çalışmayı düzenleyen 43. maddenin son fıkrasında, bu çalışmanın karşılığı bakımından zamlı ücrete ilişkin düzenlemelerin uygulanacağı belirtilmiş; fakat serbest zamana ilişkin dördüncü fıkraya atıf yapılmamıştır.⁴⁰

Mevzuatımızda bazı işlerde ise fazla çalışma yapılamayacağı veya bazı işçilere fazla çalışma yaptırılmayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinin altıncı, dokuzuncu ve onuncu fıkrası ile İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin yedinci maddesinde yer alır. Bu düzenlemeler içinde çalışmamız bakımından önem arz eden hüküm, İş Kanunu'nun 41. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan, 63. maddenin

³⁶ Soyer, s. 802; Süzek, s. 850.

³⁷ Soyer, s. 802; Süzek, s. 848; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 761; Molamahmutoglu/ Astarlı/Baysal, s. 1322; Caniklioğlu, s. 184; Narmanlioğlu, s. 41. Ayrıca karşı. Ercan Akyiğit, "Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar", *TÜHİS*, Mayıs 2005, s. 22.

³⁸ Soyer, s. 804; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 761.

³⁹ Öktem Songu, s. 404.

⁴⁰ Süzek, s. 851-852; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 745. Bu konuda getirilen eleştiriler için bkz. Soyer, s. 804. Aynı doğrultuda Caniklioğlu, s. 183; Öktem Songu, s. 404-405.

son fıkrasında yazılı sağlık nedenlerine dayanan kısa veya sınırlı süreli işlerde fazla çalışma yapılamayacağı hükmüdür. Buradaki amaç, işçinin onayı olsa bile fazla çalışma yapmasının çalışanın sağlığı ve yaşam hakkını tehdit etmesidir.

Benzer bir hüküm, İş Kanunu ile Fazla Çalışma Yönetmeliği m.7/1-a'da da yer alır. Bu hükümlerde yer alan Yönetmelik ise "Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik"'tir. Söz konusu Yönetmelik'in dördüncü maddesinin ö bedinde doğal ve yapay radyoaktif, radyoaktif maddeler veya bütün diğer korpüsküler emanasyon kaynakları ile yapılan işler sayılmaktadır. Bu nedenle ö bendinde sayılı işlerde yapılan çalışmalar bakımından günlük çalışma süresi azami yedi buçuk saat ile sınırlandırılmıştır. Aynı Yönetmelik'in yedinci maddesinde de kapsama giren işlerde fazla çalışma yapılamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

B. Radyasyonla Çalışanların Fazla Çalışma Yapması ve Hukuki Yaptırım

3153 sayılı Kanun ek 1. maddesinde yer alan, iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personel için haftalık azami çalışma süresinin otuz beş saat olarak uygulanacağına ilişkin düzenleme ile çalışma süresine ilişkin sınır belirlenmiştir. Bununla beraber ilgili mevzuatta, Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik'te yer alan fazla çalışma yasağına ilişkin düzenleme haricinde, fazla çalışmaya ilişkin doğrudan bir yasak yer almaz. Her ne kadar bu tür işlerde kanunda yer alan sürele uyularak çalışılması ve fazla çalışma yaptırılmaması beklenir ise de bu sürelerin aşılması halinde, mutlaka bir hukuki yaptırıma bağlanması gerekir.

Radyasyonla çalışma halinde azami çalışma süresinin aşılması ile fazla çalışma yasağının ihlaline ilişkin olarak, İş Kanunu veya ilgili Yönetmeliklerde herhangi bir hukuki yaptırım öngörülmemiştir. Radyasyonla çalışma halinde 3153 sayılı Kanun ek 1. maddesi ile 30.01.2010 sonrası dönem için iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personel için haftalık azami çalışma süresini otuz beş saat olarak belirlemiştir. Bu

hüküm nispi emredicidir. İşçi lehine olmak üzere, haftalık çalışma süresi azaltılabilir, ama artırılamaz.

Radyasyonla çalışmaya ilişkin mevzuatın tümü incelendiğinde radyasyona maruz kalarak çalışana fazla çalışma yaptırılmaması gerekir. Buna karşılık radyasyona maruz kalarak çalışanlar için otuz beş saatlik azami çalışma süresi aşılsa, mevzuatta farklı bir yaptırım bulunmadığından, İş Kanunu'ndaki mevzuat ile sınırlı yorum yapılmalıdır. Şöyle ki işçi, kanaatimizce fazla çalışma yaptığı iddiasında bulunabilir ve bu iddiası ispatlanırsa, İş Kanunu'nda belirlenen oranda fazla çalışma ücretini (*veya serbest zaman*) talep edebilir. Kuşkusuz taraflar, işçi lehine olmak üzere sözleşmelerle daha fazla oranda fazla çalışma ücreti belirleyebilir.

Aynı şekilde haftalık azami çalışma süresi aşılmamış olsa bile, yasak çalışma olarak nitelendirilebilecek ilgili Yönetmelik'teki azami yedi buçuk saatlik süre sınırı aşılmış ise işçi fazla çalışma ücreti talep edebilecektir.⁴¹ Burada dikkat edilmesi gereken husus ise radyasyona maruz kalarak çalışanlar için haftalık çalışma süresinin, İş Kanunu'ndan farklı olarak kırk beş saat değil, 30.01.2010 sonrası dönem bakımından otuz beş saat olarak uygulanacağıdır. Bunun sonucunda ise otuz beş saati aşan çalışma, fazla sürelerle çalışma değil, fazla çalışma olarak kabul edilmelidir ve buna ilişkin hukuki sonuçlar uygulanmalıdır.⁴²

⁴¹ Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. Y. 9. HD., E. 2022/18262, K. 2023/5962, T. 25.4.2023, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 05.02.2024; Y. 9. HD., E. 2009/35292, K. 2012/189, T. 16.1.2012, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 05.02.2024. Yasak çalışma olmasına rağmen, hukuki yaptırım olarak fazla çalışma ücreti ödenmesini isabetli bulan görüş için bkz. Ekonomi, C. 1, s. 162-163; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 742; Kübra Doğan Yenisey, Değerlendirme 2006, s. 73; Soyer, s. 805. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik'te yer alan azami yedi buçuk saat ile daha az çalışılması gereken süreleri aşan çalışmaları yasak çalışma olarak nitelendiren, buna rağmen bu sürelerin aşılması halinde uygulanacak yaptırma ilişkin farklı öneri ileri süren doktrindeki yazar için bkz. Sützek, s. 828 vd.

⁴² Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. Y. 9. HD., E. 2017/1963, K. 2017/5361, T. 30.03.2017, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 19.01.2024; Y. 9. HD., E. 2016/972, K. 2019/9865, T. 06.05.2019, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 19.01.2024. Y. 22. HD., E. 2014/27442, K. 2015/1956, T. 02.02.2015, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 19.01.2024; Y. 22. HD., E. 2014/22652, K. 2015/657, T. 21.01.2015, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 19.01.2024. Doktrinde bu yönde bkz. Boydak, s. 462-463; Barlaz Us/Us, s. 88; Terzioğlu/Koç, s. 248.

Radyasyona maruz kalarak çalışanlar için otuz beş saatlik azami çalışma süresi sınırının aşılması halinde ilgili mevzuatta hukuki yaptırım belirlenmemiş olsa bile, kuşkusuz işçinin çalışma şartlarının uygulanmaması dolayısıyla genel düzenlemelere göre iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı saklıdır (İşK. m. 24/II, f). Bu durumda fazla çalışma yapmayı kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde bu fesih, haksız fesih sayılarak, buna ilişkin hukuki sonuçlar uygulanmalıdır⁴³. Yani işçi, şartları haiz ise ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı talep edebilecektir.

Radyasyonla çalışanların yıllık 270 saate kadar olan fazla çalışma ücretlerinin aylık ücretlerine dâhil olduğuna yönelik iş sözleşmesi taraflarının yapacağı anlaşma ise geçersiz kabul edilmelidir. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere, radyasyonla çalışanların fazla çalışma yapması yasaktır. Yasak olan bir çalışmaya ilişkin yapılacak bu anlaşma da geçersiz olur.⁴⁴

Buna karşılık radyasyonla çalışma halinde, zorunlu nedenle fazla çalışma yapılması kanaatimizce mümkündür. Burada İş Kanunu m.42'de yer alan zorlayıcı neden kavramı içine sağlık durumuna ilişkin nedenler sokulabilir. Bunun en iyi örneği, Covid-19 pandemisi döneminde radyolojik görüntüleme yöntemlerinden olağan döneme göre daha fazla yararlanılmış olması gösterilebilir.⁴⁵

SONUÇ

Radyasyona maruz kalarak çalışma, çalışanın sağlığını önemli ölçüde etkileyebilecektir. Bu nedenle çalışma süresi bakımından iş mevzuatındaki düzenlemelerden farklı hükümler öngörülmüştür.

⁴³ Süzek, s. 839; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 782; Tunçomağ/Centel, s. 255. Karş. Ekmekçi/Yiğit, s. 737. Bu konuda bir karar için bkz. Y. 22. HD., E. 2013/8243, K. 2014/7400, T. 08.03.2014, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 13.08.2024. Günlük 11 saatlik azami çalışma süresi sınırının aşılması suretiyle fazla çalışma yaptırılması halinde işçinin haklı nedenle fesih hakkı olduğuna ilişkin bir başka Yargıtay kararı için bkz. Y. 22. HD., E. 2016/19041, K. 2019/17119, T.24.09.2019, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 13.08.2024.

⁴⁴ Yargıtay'ın yasak çalışma bakımından bu şekilde bir anlaşmanın geçersiz olacağına dair verdiği bir karar için bkz. Y. 9. HD., E. 2017/23212, K. 2017/14525, T. 28.09.2017, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 19.01.2024.

⁴⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Seçkin, s. 200 vd.

Radyasyona maruz kalarak çalışanların çalışma sürelerine ilişkin temel hukuki kaynak olan 1937 tarihli 3153 sayılı Kanun halen yürürlükte dir. Bunun yanı sıra çalışma süresine ilişkin ayrıntılı hükümler Yönetmeliklerle düzenlenir. Radyasyonla çalışanların farklı hukuki düzenlemelere tâbi tutulmasındaki amaç ise işçinin sağ lığının korunması ve radyasyona maruz kaldıkları sürenin en aza indirilmesidir.

Radyasyona maruz kalarak çalışanlara ilişkin olarak 3153 sayılı Kanun'a 30.01.2010 tarihinde ek 1. madde ile yeni bir düzenleme getirilmiş ve iyonlaştırıcı radyasyonla teş his, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personel için çalışma süresi haftalık azami 35 saat ile sınırlandırılmıştır. Hâlbuki 2010 öncesi dönemde, söz konusu çalışanların çalışma süreleri 1939 tarihli mülga Nizamname ile günlük azami beş saat olarak belirlenmişti.

Hal böyle olunca radyasyona maruz çalışanların çalışma sürelerinin tespiti ile fazla çalışma alacaklarına ilişkin çıkan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın doğduğu tarih dikkate alınarak, 30.01.2010 öncesi ve sonrası dönem olmak üzere bir ayırım yapılarak karar verilmesi gerekir. Bu nedenle 30.01.2010 tarihli Kanun'daki düzenleme yürürlüğe girmeden önceki dönem için çıkan uyuşmazlıklarda, günlük beş saatlik çalışma süresi sınırının uygulanması gerekmektedir. 30.01.2010 tarihinden sonraki dönem için ise haftalık azami 35 saatlik çalışma süresi dikkate alınarak uyuşmazlıklar çözüme kavuşturulmalıdır. 3153 sayılı Kanun özel-kamu çalışanı ayırımı yapmadığından, her iki sektörde çalışanlar bakımından da bu sınırlama geçerlidir.

Radyasyonla çalışma halinde çalışma süresinin sınırlandırılmasına ilişkin bir diğer özel düzenleme ise "Sağ lık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik" in dördüncü maddesinin ö bendinde mevcuttur. Bu Yönetmelik, ö bendinde sayılı işlerde yapılan çalışmalar bakımından günlük çalışma süresini, azami yedi buçuk saat ile sınırlandırmıştır. Ayrıca Yönetmelik'in yedinci maddesinde, kapsama giren işlerde fazla çalışma yapılamayacağı düzenlenmiştir. Yönetmelik, 3153 sayılı Kanun kapsamında olmamakla beraber, radyoaktif ve radyoiyotizan maddelerle yapılan işlerde çalışanları da kapsamına almaktadır.

3153 sayılı Kanun ek 1. maddesinde, haftalık azami çalışma süresinin otuz beş saat olarak uygulanacağına ilişkin düzenleme ile çalışma

süresine ilişkin sınır belirlenmiştir. Fakat Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik'te yer alan fazla çalışma yasağına ilişkin düzenleme dışında, fazla çalışmaya ilişkin doğrudan bir yasak mevcut değildir. Bununla birlikte, radyasyona maruz kalınarak çalışılan işlerde, işçinin sağlığı ve güvenliği dikkate alınarak, kanunda yer alan sürelerle uyulması beklenir. Dolayısıyla esasen fazla çalışma yaptırılmamalıdır. Yine de bu sürelerin aşılması halinde, mutlaka bir hukuki yaptırıma bağlanması gerekir.

Radyasyona maruz kalarak çalışanlar için otuz beş saatlik azami çalışma süresi aşılsa, kanaatimizce farklı bir mevzuat düzenlemesi yapılmadıkça veya taraflar işçi lehine farklı bir oran belirlemedikçe, İş Kanunu'nda düzenlenen miktarda fazla çalışma ücreti (*veya serbest zaman*) talep edilebilir. Aynı şekilde haftalık azami çalışma süresi aşılmamış olsa bile, yasak çalışma olarak nitelendirilebilecek ilgili Yönetmelik'teki azami yedi buçuk saatlik süre sınırı aşılmış ise işçi fazla çalışma ücreti talep edebilecektir. Radyasyona maruz kalarak çalışanlar için haftalık çalışma süresi, 30.01.2010 sonrası dönem bakımından otuz beş saat olarak uygulanacağından, otuz beş saati aşan çalışma, fazla sürelerle çalışma değil, fazla çalışma olarak kabul edilmelidir ve buna ilişkin hukuki sonuçlar uygulanmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akyiğit Ercan, İş Hukuku, 14. bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Arıcı Kadir, Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu'nda Çalışma Süreleri, Kamu-İş, 1992.
- Astarlı Muhittin, Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Turhan Kitabevi, 2008.
- Çelik Nuri/Caniklioğlu Nurşen/Canbolat Talat/Özkaraca Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 36. bası, Beta, 2023.
- Däubler Wolfgang, Arbeitsrecht, 14. bası, Bund-Verlag, 2023.
- Ekmekçi Ömer/Yiğit Esra, Bireysel İş Hukuku, 5. bası, On İki Levha, 2023.
- Ekonomi Münir, İş Hukuku, C. 1: Ferdi İş Hukuku, İstanbul Teknik Üniversitesi, 1976.
- Eyrenci Öner/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim/Baskan Esra, Bireysel İş Hukuku, 10. bası, Beta, 2020.
- Günay Cevdet İlhan, Türk İş Hukukunda Fazla Çalışma Saatlerle Çalışma Ücreti, Yetkin Yayınları, 2007.

- Junker Abbo, Grundkurs Arbeitsrecht, 23. bası, C. H. Beck, 2024.
- Mollamahmutoglu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, Bireysel İş Hukuku, 3. bası, Lykeion Yayınları, 2019.
- Öktem Songu Sezgi, Türk İş Hukukunda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2007.
- Senyen Kaplan Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 10. bası, Gazi Kitapevi, 2019.
- Sümer Haluk Hadi, İş Hukuku, 26. bası, Seçkin Yayınları, 2022.
- Süzek Sarper, İş Hukuku, 21. bası, Beta, 2021.
- Tunçomağ Kenan, İş Hukuku, C. 1, 4. bası, İstanbul 1986.
- Tunçomağ Kenan/Centel Tankut, İş Hukukunun Esasları 10. bası, Beta, 2022.

Makaleler

- Akdağ Turan/Sarıyıldız Levent, "Elektromanyetik Alanlara Maruziyet Sonrası Gözlenen Bazı Biyokimyasal Değişiklikler", *Cumhuriyet Medical Journal*, 2012, 34, s. 534-539.
- Akyiğit Ercan, "Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar", *TÜHİS*, Mayıs 2005, s.1-26.
- Alpagut Gülsevil, "Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi- Daimi Ulaşılabilirlik", Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi", 2021, s. 317-338.
- Alpagut Gülsevil, "AB'de Güvenceli Esneklik ve Türkiye'deki Yasal Düzenlemeler", *TISK Akademi*, 2008/1, s.7-37.
- Ertürk Arzu Arslan, "6552 sayılı Kanun'un 4857 sayılı İş Kanunu İle 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Getirdiği Yenilikler", *Çalışma ve Toplum*, C. 2, S. 45, 2015, s.173-196.
- Barlanz Us Songül/Us Kemal, "Türkiye'de Radyasyon Çalışanlarının Mevzuattan Kaynaklanan Hakları", *Lokman Hekim Dergisi*, 2021, 11 (1), s. 83-93.
- Baycık Gaye, "Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, İstanbul 2014, s.223-262.
- Boydak Alptekin Burak, "İşyerinde Radyasyona Maruz Kalabilecek İşçiler İçin Çalışma Süreleri ve İzin Hakkı", *TBB Dergisi*, 2019 (141), s. 455-468.
- Caniklioglu Nurşen, "4857 sayılı İş Kanunu'nun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri", III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, s.149-199.
- Coşkun Özlem, "İyonize Radyasyonun Biyolojik Etkileri", *Süleyman Demirel Üniversitesi Teknik Bilimler Dergisi* 2011, C.1, S.2, s. 13-17.
- Doğan Yenisey Kübra, "Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2006, Ankara 2009.
- Ekonomi Münir, "4857 sayılı İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma Kavramı", Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, 2004, C. 7, S.3, s. 159-172.
- Ekonomi Münir, "Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar", Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşerî Yönü ve Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz, İstanbul 1986, s.173-198.

- Ekonomi Münir, "Kara, Deniz ve Hava Taşımacılığında İşçilerin Çalışma Süreleri ve Bundan Doğan Başlıca Sorunlar", Türk İş Hukukunun Temel Sorunları Semineri, Termal-Yalova, 6-10 Ekim 1976, s.65-88.
- Eyrenci Öner, "İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku", Münir Ekonomi 60.Yaş Armağanı, Ankara 1993, s.227-242.
- Öztürk Yunus Emre/Türktemiz Halil/Akdağ Turan, "Dozimetre Taşıyan Sağlık Çalışanlarında İş Yükünün İyonlaştırıcı Radyasyon Risk Algısına Etkisi", *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, 2017, C.20, S.2, s. 143-155.
- Seçkin Muhammet Türkalp, "Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları ile Çalışan İşçilerin Pandemi Dönemindeki Çalışma Esasları", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2021 (45), s. 183-208.
- Soyer Polat, "Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler", *Legal İHD*, 2004/3, s. 797-808.
- Terzioğlu Ali/Koç Yahya Kemal, "Radyasyon Riskine Tabi Çalışanlara, Çalışma Hattında Sağlanan Haklar", *Mali Çözüm Dergisi*, Kasım Aralık 2016 (138), s. 247-253.
- Ulucan Devrim, "AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri" *Mercek*, Temmuz 2003, s.60-66.
- Yaşar Selçuk/Saygın Mustafa/Çetinkaya Gürsel/Parpar Tuna, "Girişimsel Radyolojideki Sessiz Tehlike", *SDÜ Tıp Fakültesi Dergisi*, 2014, 21 (4), s. 151-157.
- Yıldız Gaye Burcu, "Güvenceli Esneklik ve 4857 sayılı İş Kanunu", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, s. 203-231.

Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesi, E.2010/29, K.2010/90, T.16.7.2010, R.G.T. 04.12.2010, RG.S.27775.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E.2014/27442, K.2015/1956, T.02.02.2015.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2017/1963, K.2017/5361, T.30.3.2017.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2022/18262, K.2023/5962, T.25.4.2023.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2009/35292, K.2012/189, T.16.1.2012.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2016/972, K.2019/9865, T.6.5.2019.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E.2014/22652, K.2015/657, T.21.1.2015.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2017/23212, K.2017/14525, T.28.9.2017.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E.2013/8243, K.2014/7400, T.08.03.2014.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E.2016/19041, K.2019/17119, T.24.09.2019.

İnternet Kaynakları

- Tektaş Mehmet Akif, "Sağlık Sektöründe İyonlaştırıcı Radyasyona Maruz Kalan Çalışanlar İçin Uygulamadaki İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Araştırılması, Analizi Ve Çözüm Önerileri", İş Sağlığı ve Güvenliği Uzmanlık Tezi, Ankara 2016, (Çevrimiçi) <https://www.csgb.gov.tr/media/90103/mehmetakiftektas.pdf>, 10.02.2024.

Kazancı İhtihat Bankası

Resmî Gazete

T.C. Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi

